TEMAS DE ACTUALIDAD

Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

TEMAS DE ACTUALIDAD

Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable

ÍNDICE

1. Prólogo 5

2. Hacia un Estado que abogue por la sustentabilidad: el rol del Consejo de Ministros para la sustentabilidad y del Ministerio del Medio Ambiente. *Ricardo Irarrázabal Sánchez y Manuel Barros Lecaros* 7

3. Hoja de ruta de Chile en cambio climático. *Andrea Rudnick García* 27

4. Responsabilidad social empresarial y sustentabilidad. *Sebastián Valdés de Ferari* 43

5. Malestar en nuestro "oikos" (casa): el desafío ecológico y la fe en la creación algunas reflexiones preliminares. *Fredy Parra Carrasco* 58

6. Sociedades anónimas y desarrollo sustentable: ¿mundos opuestos? *Felipe Bahamondez Prieto* 73

7. Atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: notas sobre el incumplimiento de las normas, condiciones y medidas de la resolución de calificación ambiental en el caso "Bocamina". *Felipe Leiva Salazar* 81

8. La unidad de la resolución de calificación ambiental. *Edesio Carrasco Quiroga* 93

9. Análisis de alternativas de un titular infractor de una resolución de calificación ambiental: ¿un camino sin salida. *Juan José Eyzaguirre Lira y Felipe Arévalo Cordero* 103

10. Tratamiento de los pueblos indígenas en el nuevo reglamento del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: panorama sucinto. *Felipe Meneses Sotelo* 118

11. Evolución de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en materia ambiental. *Ignacio Arteaga Echeverría* 142

12. Acceso a la justicia en el contexto del mecanismo de desarrollo limpio establecido por el protocolo de Kioto. El caso de Chile. *Felipe Ramírez Parada* 159

13. Desarrollo urbano condicionado y el desarrollo sustentable de Santiago. Un caso de "greenwash urbano" en los instrumentos de planificación territorial. *Karen Martínez Vicencio y Hernán Orozco Ramos* 183

14. Implicancias ambientales en la exploración y extracción de shale gas en Chile. *María Belén Varela Mattatall* 200

15. Biomasa en Chile ¿Una Energía Renovable No Convencional "limpia y verde" para la generación eléctrica? *Karen Estela Vargas Ponce* 213

16. ¿Debe la minería someterse al desarrollo sustentable? *Alicia Undurraga Pellegrini* 225

17. La responsabilidad de la participación ciudadana en el fenómeno de la judicialización de los proyectos energéticos. *Estelle Lemous Brochard* 237

18. Desarrollo de proyectos de inversión en parques nacionales. Análisis normativo y jurisprudencial. *Guillermo García Moscoso* 253

19. Difusas y limitadas competencias de las municipalidades en el área medioambiental. *Jessica Cayupi Llancaleo* 267

20. Fiscalización ambiental. Perspectiva actual y posibilidades de profundización. *Cristián Ruiz Araneda* 287

21. Evolución teórica y práctica de las pertinencias de ingreso al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental . *Benjamín Mondragón Fischer* 309

22. Caducidad de la resolución de calificación ambiental: ¿elemento de control de la administración o sanción para los sujetos regulados? *Alejandro Espejo Torrico* 323

23. Algunas consideraciones sobre los aspectos orgánicos y procedimentales de los tribunales ambientales y respecto a potenciales conflictos con la institucionalidad ambiental y la forma en que han sido resueltos. *Jaime Ortega Pavez* 338

24. La Superintendencia del Medio Ambiente y los tribunales ambientales: "en una relación complicada" . *Patricio Moreno Tapia* 369

25. Análisis del principio preventivo en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. *Isabel Bravo Puig* 388

26. Cambio en el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema en temas medioambientales. *Carolina Matamala Bustamante* 414

PRÓLOGO

El medio ambiente y el desarrollo sustentable actualmente ocupan un destacado lugar en la agenda pública y privada, abriendo problemáticas que, atendida su naturaleza, requieren de un estudio abordado con una visión sistémica y multidisciplinaria. Esa realidad fue percibida hace algunos años atrás y en ella está el origen del Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, impartido por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Ahora bien, son las personas las que llevan adelante las iniciativas, y este proyecto en particular contó con el apoyo decidido de las autoridades de la Facultad de la época, el entonces Decano don Roberto Guerrero Valenzuela y el Vice Decano don Carlos Frontaura Rivera, quien además participó haciendo valiosas sugerencias en el diseño del programa. Luego, el profesor Francisco Javier González Silva y quien suscribe, hemos sido los directores del Diplomado desde su inicio, dedicándonos a la tarea de determinar las áreas y temas a cubrir, así como invitar a participar a los mejores académicos.

El Diplomado se encuentra próximo a iniciar su cuarta versión. Todas ellas han sido un éxito por el entusiasmo y dedicación de sus alumnos y, especialmente, por la calidad de sus profesores. Creo no exagerar al decir que nuestro programa cuenta con el más destacado cuerpo académico de esta especialidad, el que todos los años renueva su compromiso de excelencia con la Facultad de Derecho UC. Fue precisamente a esos profesores y alumnos a los que se convocó para esta publicación. En efecto, la idea de su realización surge de la inquietud de su dirección al constatar que las materias tratadas en el mismo son de una actualidad e interés académico y práctico enorme. De esta forma, se invitó a todos los profesores a contribuir con un trabajo de su especialidad, y respecto de los alumnos, se hizo una rigurosa selección de los mejores y más interesantes ensayos presentados durante sus estudios en las tres versiones ya impartidas del Diplomado. El resultado final de este proceso, es una colección que esperamos sea una contribución a la disciplina y un apoyo a los abogados y especialistas que ejercen en estos temas.

El criterio para asignar un orden a los trabajos fue comenzar con las contribuciones hechas por los profesores de nuestro Diplomado, las que a su vez están agrupadas en tres categorías amplias como son, en primer lugar, los temas de desarrollo sustentable en que contamos con los ensayos de los profesores Ricardo Irarrázabal, Andrea Rudnick, Sebastián Valdés, Fredy Parra y Felipe Bahamondez. Luego siguen los temas vinculados a la institucionalidad ambiental, en que se encuentran los trabajos de los profesores Felipe Leiva, Edesio Carrasco, Juan José Eyzaguirre y Felipe Meneses. Finalmente se tratan temas vinculados a la jurisprudencia ambiental, con el análisis del profesor Ignacio Arteaga.

Respecto a los ensayos desarrollados por los alumnos, ellos se agruparon siguiendo esa misma pauta, correspondiendo destacar que los trabajos seleccionados son una muestra del talento y capacidad que ellos exhibieron en sus estudios. Estoy seguro que entre ellos hay varios que seguirán a futuro contribuyendo a la disciplina y, espero, publicando en temas de la especialidad.

No es posible dejar de realizar un reconocimiento a las actuales autoridades de la Facultad de Derecho por su compromiso para hacer realidad esta publicación. Deseo agradecer muy especialmente a la Directora de Educación Continua doña Carolina Larraín, a la Secretaria Académica doña Alejandra Ovalle y al actual Decano don Carlos Frontaura.

Finalmente, quiero hacer un reconocimiento a Cristián Ruiz Araneda, quien cursó la primera versión del Diplomado, siendo el mejor alumno de su generación. Gracias a su valiosa ayuda esta publicación es una realidad, al contribuir con su criterio jurídico y trabajo acucioso a la selección de los trabajos y a la edición de la versión final del libro. Mis sinceros agradecimientos por la excelente labor cumplida.

Espero que este libro enriquezca la discusión académica y sea una ayuda práctica para quienes ejercen en temas de medio ambiente y desarrollo sustentable.

Felipe Bahamondez Prieto
Director Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable

HACIA UN ESTADO QUE ABOGUE POR LA SUSTENTABILIDAD: EL ROL DEL CONSEJO DE MINISTROS PARA LA SUSTENTABILIDAD Y DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE

Ricardo Irarrázabal Sánchez[1] y Manuel José Barros Lecaros[2]

1. La cuestión de la sustentabilidad y la reforma a la institucionalidad ambiental

Una de las discusiones más profundas que tuvo lugar con ocasión del rediseño institucional ambiental, tuvo que ver con las facultades y poderes de los distintos órganos que conformarían la nueva institucionalidad ambiental y sus contrapesos institucionales. En efecto, fueron discutidas, por ejemplo, las facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente y su papel como juez y parte al fiscalizar y sancionar. Por otra parte, fueron discutidas también las facultades del Ministerio del Medio Ambiente y el rol que en la formulación de la política y normativa ambiental les debería caber al resto de los Ministerios con competencias ambientales, dado que "*lo ambiental*" es un elemento transversal dentro del Estado. En un contexto en que se estaba creando un nuevo ministerio y aquello significaba sustraer competencias a otros ministerios, ésta era una discusión de la mayor relevancia. Por otra parte, cuando Chile en 2003 decide "*rendir examen*" para ser aceptado como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, "OCDE"[3]), el concepto de "desarrollo sustentable"[4], acuñado en el Informe Brundtland[5] en 1986, era el punto de partida de la discusión ambiental del mundo desarrollado.

---

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile. LL.M. del Centre of Energy, Petroleum, Mineral Law and Policy, University of Dundee, Escocia. Profesor Derecho Ambiental UC.

2 Ayudante Derecho Ambiental UC.

3 En sus siglas en inglés "Organization for Economic Cooperation and Development".

4 El término "sustentabilidad" nació en Alemania, en el Siglo XIX, con ocasión de la administración de bosques (la traducción al alemán es *Nachhaltigkeit*). Actualmente, se suele distinguir entre "sustentabilidad fuerte" y "sustentabilidad débil", según se acepte o no la sustitución de "capital natural" en otras formas de capital (Ver Neumayer, E.; "*Weak versus Strong Sustainability. Exploring the limits of two opposing paradigms*").

5 Informe sobre el desarrollo económico mundial en contraste con los principios de la sustentabilidad. Fue elaborado por representantes de distintas naciones, encabezados por Gro Harlem Brundtland (entonces Primer Ministra de Noruega) y en éste se utilizó por primera vez el término Desarrollo Sustentable (o Desarrollo Sostenible), definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones.

El desafío planteado por la Comisión Brundtland era conectar sistemáticamente la competitividad económica, el desarrollo social y la protección ambiental –objetivos aparentemente incompatibles–. Para esto, la "Integración de la Política Ambiental"[6] aparecía como el primer principio para guiar la transición hacia la sustentabilidad.[7] De esta manera, varios países –especialmente dentro de la Unión Europea–[8] reconocieron la integración de la política ambiental dentro de sus legislaciones[9] e incorporaron a los diversos reguladores en la elaboración de la política ambiental[10].

Las deficiencias de Chile en materia ambiental –principalmente falta de políticas y de fiscalización– debían, entonces, superarse considerando el debido equilibrio entre crecimiento económico, adecuada protección ambiental y equidad social[11].

Esta discusión sobre poderes y facultades llevó finalmente a un acuerdo político[12], que significó que dos nuevas instituciones que fueron promovidas especialmente desde los sectores de Centroderecha del país, fueran incorporadas por el Ejecutivo en el rediseño institucional: los Tribunales Ambientales[13] y el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Ambas instituciones no habían sido inicialmente consideradas en el proyecto de ley original.

Detrás de esta discusión sobre facultades, subyace una profunda deliberación sobre sustentabilidad y cómo ésta ha de ser recogida por parte del Estado ¿Cuál es el rol del Ministerio del Medio Ambiente? ¿Sólo el pilar ambiental? ¿No debiera más bien abogar por la Sustentabilidad? ¿Cuál es el rol del Consejo de Ministros?

6 También conocida como "*Environmental Policy Integration*" (EPI).

7 Lenschow, A.; "*Greening the European Union: an introduction*"; en "*Environmental Policy Integration*" (2002).

8 Si bien la Unión Europea fue una influyente impulsora de la integración de la política ambiental (a través de la Agencia europea de medio ambiente), la introducción de los principales instrumentos de integración se desarrolló en cada país en particular, en donde destacó principalmente Alemania, Reino Unido y Suecia.

9 En el caso de Noruega, el reconocimiento a la integración de la política ambiental alcanzó carácter constitucional.

10 Jordan, A. y Lenschow A.; "*Environmental Policy Integration: a State of the Art Review*" (2010).

11 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, señora Ana Lya Uriarte.

12 Protocolo de acuerdo Proyecto de Ley que crea el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente. En su segundo numeral se establece el compromiso de contar con un tribunal ambiental con jurisdicción sobre los actos administrativos de la administración en materia ambiental (contencioso administrativo ambiental). Y, en su séptimo numeral, se establece "mantener el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad como una instancia de deliberación de la política pública y regulación de los sectores, y no como un organismo directivo del Ministerio del Medio Ambiente. Igualmente, se acuerda que el Ministro será subrogado por el Ministro de Agricultura".

13 Planteado en la Cámara de Diputados por el Consejo Minero y por el diputado señor Alberto Robles. Luego en el Senado, defendido fuertemente por los senadores señores Pablo Longueira, Andrés Allamand y Hernán Larraín.

¿Y del resto de los ministerios sectoriales con "competencias ambientales"? Por otra parte, detrás de esta discusión se observa la deliberación –casi de orden filosófico– de una suerte de primacía del pilar ambiental sobre el resto de los pilares de la sustentabilidad ¿Cuál es el rol de la persona humana en todo esto? En este sentido resulta fundamental entender la primacía que la persona humana tiene en el concepto de sustentabilidad, cuestión expresamente reconocida en la definición de la Comisión Brundtland cuando establece la relevancia tanto de la actual como de las futuras generaciones de personas, en el principio N° 1 de la Declaración de Río[14], así como en la definición de desarrollo sustentable de nuestra Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, en que se pone especial énfasis en el "*mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas*".

La hipótesis que pretendemos demostrar con este trabajo es que el Ministerio del Medio Ambiente, pese a su nombre y de acuerdo a un análisis de sus competencias y las del Consejo de Ministros, corresponde más bien, en cuanto a sus finalidades, a un Ministerio de Sustentabilidad, que aporta y desarrolla política y normativa de carácter ambiental, pero con el sello de la sustentabilidad, y que cuenta para esta labor con el apoyo del señalado Consejo, para que dicha sustentabilidad sea considerada e incluida por el resto de los ministerios sectoriales, con la finalidad última de que sea el Estado en su completitud el que abogue por una efectiva sustentabilidad de la totalidad del aparato estatal.[15] Todo lo cual conforma un modelo institucional que ya no es ni coordinador ni de autoridad o ministerial, sino que uno "híbrido o de sustentabilidad". Esta es una materia que por ser de reciente discusión, ha sido tratada escasamente por nuestra doctrina, por lo que utilizaremos como fuentes principalmente la discusión de la Ley N° 20.417, y la forma en que aquella quedó plasmada en nuestra legislación.

2. La sustentabilidad en nuestra legislación ambiental

2.1. Génesis del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, discusión y modelo institucional híbrido o de sustentabilidad

2.1.1. Modelo coordinador versus modelo de autoridad

En los inicios de la discusión sobre la actual institucionalidad ambiental, existían dos posturas respecto al carácter que debía tener la autoridad ambiental.

14 Principio N° 1: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza".

15 Un análisis crítico a la descentralización de la regulación en: Black, Julia; "*Critical Reflections on Regulation*" (2002).

Por una parte, había quienes consideraban que se debía mantener el modelo "coordinador" que había inspirado la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y que había operado bajo la Comisión Nacional del Medio Ambiente (en adelante, "CONAMA"), y por otra, quienes sostenían que la institucionalidad ambiental debía construirse bajo un modelo de autoridad o ministerial. Los primeros fundamentaban su posición en que cada órgano sectorial generaba su propia normativa ambiental y en que, tal como lo menciona el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.300, "*si hay un tema en el cual las competencias están distribuidas a lo ancho de todo el sector público, es en el tema ambiental"*. Es por esto que la institucionalidad ambiental, siguiendo también el Mensaje señalado, "*debe desarrollarse sobre dos bases. Por una parte, reconocer las competencias ambientales de los distintos ministerios y servicios, involucrándolos en los temas ambientales en que, por sus respectivas esferas de competencia, les corresponde conocer. Por otra, generando una capacidad de coordinación al interior del Poder Ejecutivo"*. Finalmente el Mensaje observa las dificultades de establecer otro modelo que no sea el coordinador: *"Restarles competencia para radicar el tema ambiental en una sola institución, que era una de las opciones a considerar, es, a nuestro juicio, inviable y poco realista, ya que implica reestructurar íntegramente el aparataje público a un costo injustificado frente a la capacidad institucionalidad instalada. Ella, debidamente coordinada, puede accionar eficazmente*"[16]. Además, se argumentaba que la OCDE no había criticado el carácter coordinador vigente e, incluso, había reconocido el fortalecimiento que, a través de la CONAMA, habían tenido las instituciones ambientales chilenas durante los años 1990 a 2004[17].

En contraste, aquellos que consideraban que un modelo "de autoridad" era el más adecuado, sostenían que una Secretaría de Estado, que fuera par de los órganos sectoriales que estaban creando la normativa ambiental, dispondría de mejores herramientas para defender sus intereses. "*Un ministerio permite dar a la temática ambiental una jerarquía que se vuelve difícil cuando ésta opera a través de otros ministerios y permite además absorber numerosas funciones que hoy se encuentran radicadas en distintos órganos de la administración del Estado*"[18]. Se señalaba que "*no es lo mismo –y en política todos los sabemos– enfrentar un diálogo desde un ministerio, con un ministro, que hacerlo desde un servicio público (...) Chile, para enfrentar el desafío del desarrollo sustentable, requiere mayor jerarquía político-institucional en el ámbito medioambiental*"[19].

16 Mensaje Ley N° 19.300.

17 "*Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile*", OCDE. Capítulo "Conclusiones y Recomendaciones", página 16.

18 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el Senador señor Andrés Allamand.

19 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, señora Ana Lya Uriarte.

Señalaban, además, que una institucionalidad ambiental encabezada por un órgano con autoridad, como lo es un Ministerio, resultaba fundamental para el diseño de políticas ambientales y el desarrollo y fortalecimiento de los marcos normativos existentes –una de las recomendaciones centrales de la OCDE[20].

El diagnóstico institucional era negativo: la normativa ambiental era generada sectorialmente, el rol prioritario de la CONAMA consistía básicamente en la evaluación ambiental de proyectos, existiendo escasez de políticas y normativas ambientales y la autoridad ambiental no tenía jerarquía ministerial o políticamente superior[21]. En ese contexto, diversos actores de la discusión consintieron en la necesidad de que hubiera "*un responsable político en materia medio ambientales*"[22].

El proyecto de ley presentado para reformar la institucionalidad ambiental iba en esa dirección, al crear un Ministerio del Medio Ambiente, lo que significaba un importante avance para mejorar las políticas y regulaciones ambientales. Sin embargo, ello implicaba que se perdiera la transversalidad de la temática ambiental y que se discutiera acerca del rol del nuevo ministerio en relación a la sustentabilidad[23] y de la experiencia internacional en la materia[24]. De ahí que, luego de la discusión en la Cámara de Diputados del proyecto de ley que contenía estos cambios, el Instituto Libertad y Desarrollo propuso al Poder Ejecutivo la presentación de una indicación para la creación, junto con un Ministerio del Medio Ambiente, de un "*Consejo de Ministros para la Sustentabilidad*"[25].

20 "*Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile*", OCDE. Capítulo "Conclusiones y Recomendaciones", página 18.

21 Como se indica, entre otros, en: Informe emitido por la Comisión Jadresic (1998), "*Institucionalidad Pública y Gestión Ambiental en Chile*" (R. Asenjo, 2006) y "*Reforma de la Institucionalidad Ambiental: problemas y oportunidades*" (L. Sierra, 2008).

22 Historia de la Ley N° 20.417; postura de la señora Valentina Durán, Coordinadora de Investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

23 Historia de la Ley N° 20.417; postura del representante de la Cámara Chilena de Construcción, señor Javier Hurtado. Respecto al nombre del ministerio, en la misma historia de la Ley N° 20.417 se indica que el señor Hurtado señaló que "al definir ministerio como "Medio Ambiente" se pone en segundo lugar la dimensión económica de la actividad de gestión ambiental. Un título como "Ministerio del Desarrollo Sustentable" asegura que haya énfasis tanto en el desarrollo del país como la sustentabilidad de la actividad económica".

24 En la Historia de la Ley N° 20.417 se indica que el Senador señor Pablo Longueira señaló "en verdad, la institucionalidad comparada es muy diversa. Hay países con Ministerios de Recursos Naturales; otros con Ministerios del Medio Ambiente; algunos con Agencias Medioambientales. En general, no existe uniformidad en la materia. El Ejecutivo ha optado por proponer la creación del Ministerio del Medio Ambiente".

25 En la Historia de la Ley N° 20.417 se indica que algunos parlamentarios habían formulado indicaciones relativas a la creación de un "Consejo de Ministros para el Desarrollo Sustentable", compuesto por el Ministro del Medio Ambiente; Secretario General de la Presidencia; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Hacienda; de Salud; de Agricultura; de Energía y de Minería (Diputados señora Marcela Cubillos y señores Eugenio Bauer, Francisco Chahuán y Roberto Sepúlveda). Entrevistada la ex Ministra del Medio Ambiente María Ignacia Benítez y los asesores

2.1.2. Modelo híbrido o de sustentabilidad

La indicación que creaba un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad no fue algo pacífico, ya que en el fondo lo que estaba ocurriendo con la incorporación de este Consejo de Ministros, era que el modelo de autoridad o ministerial empezó a derivar hacia un modelo más bien híbrido o de sustentabilidad, perfilando al ministerio más como un Ministerio de Sustentabilidad que de Medio Ambiente propiamente tal. En efecto, si bien "*existe bastante consenso en la Comisión respecto a la conformación de la Secretaría de Estado*"[26], la coexistencia entre un Ministerio del Medio Ambiente y un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad recibió reparos[27], principalmente[28] porque este último "*estará permanentemente socavando la potestad del Ministerio del Medio Ambiente*"[29], "*le resta fuerza al Ministerio y al cargo de Ministro del Medio Ambiente*"[30], confunde sus atribuciones con las del Ministerio del Medio Ambiente, "*desvirtúa las funciones del Ministerio que se crea, por cuanto las atribuciones que se le otorgan debieran ser competencia del Ministerio, denotando una debilidad institucional desde su inicio*"[31], y fue ubicado entre el Presidente de la República y el Ministro de Medio Ambiente, "*lo que reforzará una barrera entre ambas autoridades que no justifica la creación del Ministerio del Medio Ambiente*"[32]. Finalmente, y de acuerdo a lo señalado en el mencionado protocolo de acuerdo, se optó por "*mantener el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad como una instancia de deliberación de la política pública y regulación de los sectores, y no como un organismo directivo del Ministerio del Medio Ambiente*"[33]. Esto es, un órgano de deliberación con representación

de Libertad y Desarrollo señores Gonzalo Blumel y Sebastián Soto, confirmaron lo anterior.

26 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el Senador señor Pablo Longueira.

27 Aunque fue bien acogida por un amplio sector, como el Presidente de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente del Senado, Senador señor Pablo Longueira, quien, según indica la historia de la Ley N° 20.417 señaló: "nosotros compartimos tanto la creación del Ministerio del Medio Ambiente como la del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, porque, de alguna forma, ello permitirá disponer de una mirada más amplia y de una institucionalidad más completa".

28 También se criticó este modelo por otras razones. Como el señor Manuel Baquedano, Director del Instituto de Ecología Política quien, según se indica en la historia de la Ley N° 20.417, señaló que la creación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad "le parece innecesaria, ya que si en el país el concepto de sustentabilidad es transversal no divisa la razón por la cual un ministro quede excluido de integrar dicho Consejo". Propuso suprimir el mencionado Consejo y crear, en su reemplazo, un Consejo Consultivo de Desarrollo, como el que existe actualmente, y que tendría la función de asesorar al Ministerio de Medio Ambiente en el establecimiento de políticas de Estado.

29 Historia de la Ley N° 20.417; postura del Senador señor Guido Girardi.

30 Historia de la Ley N° 20.417; postura de la señora Flavia Liberona, Directora Ejecutiva de la Fundación Terram.

31 Historia de la Ley N° 20.417; postura del Senador señor Guido Girardi.

32 Historia de la Ley N° 20.417; postura del señor Hernán Durán, Director del Área de Medio Ambiente de la Fundación Chile 21.

33 Protocolo de Acuerdo, Numeral 7.

sectorial que decida la política ambiental a la luz de "*equilibrios razonables*"[34] entre los componentes ambientales, sociales y económicos, y en que "*se pueden discutir las políticas medioambientales, las políticas sectoriales y lo relativo a regulación ambiental; pero, y eso es lo interesante, con la participación activa de los ministros*"[35]. Es decir, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad debe estar "*destinado a cumplir funciones y atribuciones en materia de regulación y definición de política pública ambiental y, en definitiva, actuar como un órgano de deliberación de política pública y no como dirección superior del Ministerio, además de que concentra aquellos aspectos de la política ambiental que son transversales*"[36].

2.2. Análisis de la sustentabilidad en nuestra legislación ambiental

2.2.1. El Ministerio del Medio Ambiente y sus atribuciones en términos de sustentabilidad

El análisis que requiere ser realizado corresponde al rol de la sustentabilidad en la legislación que establece las atribuciones y funciones propias del Ministerio del Medio Ambiente. Este análisis logrará demostrar cómo la sustentabilidad es tarea primordial del Ministerio del Medio Ambiente, logrando una adecuada coordinación con el trabajo y funciones del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad.

Recordemos que el principio de la sustentabilidad fue el que inspiró la Ley N° 19.300[37], cuyo mensaje señalaba que "*Cuando hablamos de Desarrollo Sustentable estamos pensando en crecimiento económico con equidad social y con preservación y cuidado de los recursos naturales*". Con todo, era necesario articular dicho concepto desde un punto de vista institucional, con la figura nueva del Ministerio del Medio Ambiente.

De acuerdo al artículo 69 de la Ley N° 19.300, se crea un Ministerio del Medio Ambiente "*como una Secretaría de Estado encargada de colaborar con el*

34 Historia de la Ley N° 20.417; expresión del Senador señor Hernán Larraín cuando se refiere a que "con relación a la sustentabilidad, debe hablarse de "equilibrios razonables", en una perspectiva transversal que permita, realmente, adoptar decisiones pensando en el futuro y en las aristas que deben existir, pero poniendo siempre al hombre como el eje central de toda acción política y legislativa". En este mismo sentido, la Historia de la Ley N° 20.417 recoge lo señalado por el Senador señor Jorge Sabag: "ya se sabe de entidades caracterizadas por el extremismo de sus planteamientos que, en su afán por defender el medio ambiente, subyugan al propio ser humano. Así, no son escasas las situaciones en que un árbol o un elemento de la naturaleza pasan a ser más valiosos que el mismo individuo y su necesidad de desarrollo".

35 Historia de la Ley N° 20.417; postura de la Senadora señora Isabel Allende.

36 Historia de la Ley N° 20.417; postura del señor Luis Cordero, Asesor Jurídico de la CONAMA.

37 Mensaje de esta ley.

Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental (...) promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa"[38].

De esta forma, se define la promoción del desarrollo sustentable desde un punto de vista ambiental, como una de las tareas institucionales del Ministerio del Medio Ambiente, así como la integridad de la política ambiental y su regulación normativa. Esta misión institucional se ve reforzada con una serie de atribuciones establecidas en el artículo 70 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Entre ellas, cabe destacar aquellas atribuciones espejo de las facultades del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, como la letra f) "*colaborar con los organismos competentes, en la formulación de las políticas ambientales para el manejo, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales renovables e hídricos*", y la letra e) "*colaborar con los Ministerios sectoriales en la formulación de los criterios ambientales que deben ser incorporados en la elaboración de sus planes y políticas, evaluaciones ambientales estratégicas y procesos de planificación, así como en la de sus servicios dependientes y relacionados*".

Otra atribución espejo tiene que ver con la Evaluación Ambiental Estratégica ("EAE"), la cual, y tal como su definición lo establece, corresponde a uno de los instrumentos de gestión ambiental que resultan esenciales en términos de sustentabilidad ya que su finalidad es la de incorporar "*las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general*"[39]. Al respecto, se establece en la letra s) del mencionado artículo 70, la facultad de "*participar en el procedimiento de evaluación ambiental estratégica de la políticas y planes que promuevan los diversos órganos de la Administración de conformidad a lo señalado en la presente Ley*".

Otra cuestión en la que la coordinación sectorial resulta muy importante, corresponde a las materias de cambio climático. Al respecto, se estableció en la letra h) del artículo 70 la atribución de "*proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático. En ejercicio de esta competencia deberá colaborar con los diferentes órganos de la Administración del Estado…*". También la coordinación sectorial es relevante para los temas de dictación de normas, evaluación ambiental dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y ejecución a través de convenios de encomendación de acciones, de los subprogramas de fiscalización ambiental, todo por parte de organismos que no dependen del Ministerio del Medio Ambiente, y en que su "giro" no es propiamente ambiental. Es por esto que existe una atribución clave del

38 Fragmento del Artículo 69 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que se encuentra dentro de su Título Final (artículos 69 al 88), y fue sustituido por el artículo primero N° 63 de la Ley N° 20.417.

39 Art. 2° letra i *bis* Ley N° 19.300.

Ministerio del Medio Ambiente: la contenida en la letra l) del artículo 70 "*participar en la elaboración de los presupuestos ambientales sectoriales, promoviendo su coherencia con la política ambiental nacional*". A través de esta facultad es que se puede conseguir influir en los presupuestos y ejecución de otros ministerios con competencia ambiental, en materias de evaluación ambiental, ejecución de acciones de fiscalización, cambio climático y dictación de normas. En todos estos casos, los componentes no ambientales de la sustentabilidad (crecimiento económico y equidad social) deberán ser incorporados en los respectivos procesos, por ejemplo, en la dictación de normas y temas de cambio climático[40].

En relación a la dictación de normas ambientales, cabe señalar el alto estándar que este proceso tiene tanto desde el punto de vista legal como reglamentario. En efecto, para que un proyecto de norma ambiental sea conocido por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, se debe haber sometido previamente a un Análisis General de Impacto Económico y Social, a un proceso de consulta pública, y a sesiones ante el Consejo Consultivo[41] . Todo esto, con la adecuada publicidad. Recién habiéndose cumplido estas etapas, la normativa ambiental es apta de discutirse en el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. En caso de que éste la apruebe, pasa a la revisión del Presidente de la República y luego, a su firma.

En el caso de las normas primarias y secundarias de calidad, las normas de emisión y los planes que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y que establezcan planes de manejo, de prevención o de descontaminación, luego de la firma del Presidente de la República, la Contraloría General de la República practica el correspondiente control de legalidad y, con su respectiva toma de razón, el decreto en donde conste la norma o el plan se publica en el Diario Oficial. Hecho aquello,, la Ley N° 19.300 dispone de un procedimiento de reclamo en virtud del cual cualquier persona que considere que el decreto en cuestión no se ajusta a la Ley N° 19.300 o le está causando un perjuicio, puede impugnarlo mediante la interposición de un recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental competente[42].

Es decir, el análisis de sustentabilidad en la institucionalidad ambiental vigente se enmarca dentro de un estándar normativo que contiene parámetros exigentes y etapas que garantizan discusión, una extensa revisión y un adecuado análisis de los tres pilares de la sustentabilidad.

40 Además, no hay que olvidar que el Consejo Consultivo del Ministerio del Medio Ambiente está integrado por representantes de instituciones que reflejan los tres pilares de la sustentabilidad (representantes del empresariado y representantes de los trabajadores).

41 Según lo requerido en los artículos 32, 40 y 44 de la Ley N° 19.300 para las normas de calidad, normas de emisión y planes de manejo, prevención y descontaminación respectivamente.

42 Art. 50 de la Ley N° 19.300.

2.2.2. El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y sus atribuciones en términos de sustentabilidad

El artículo 71 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente establece las facultades de este Consejo, algunas de las cuales, y tal como ya se señaló, son espejo de las atribuciones del Ministerio del Medio Ambiente. En efecto, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad está facultado por ley para proponer al Presidente de la República *"las políticas para el manejo, uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales renovables"* (letra a)), *"los criterios de sustentabilidad que deben ser incorporados en la elaboración de las políticas y procesos de planificación de los Ministerios, así como en la de sus servicios dependientes y relacionados*" (letra b)) y "*las políticas sectoriales que deben ser sometidas a evaluación ambiental estratégica*" (letra d)). Asimismo, para pronunciarse "*sobre los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República, cualquiera sea el ministerio de origen, que contenga normas de carácter ambiental señaladas en el artículo 70*" (letra f)).

Estas atribuciones contrastan con las facultades del antiguo Consejo Directivo de CONAMA. Con todo, una parte de su labor sí estaba contemplada en la anterior institucionalidad ambiental. El antiguo artículo 72 de la Ley N° 19.300 disponía en su letra b) que al Consejo Directivo de la CONAMA le corresponde "*pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos relativos a materias ambientales que se propongan al Presidente de la República dentro del ámbito de competencias de la Comisión*"[43]. Sin embargo, este control de sustentabilidad era parcial y escaso. Parcial, porque pasaban por él sólo las normas y planes elaborados por la CONAMA, y escaso, debido a que estaba a cargo de un órgano cuya labor se centraba en resolver las reclamaciones dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.[44] A la gran cantidad de normativa de carácter ambiental que quedaba fuera del análisis de sustentabilidad, se sumaba el escaso trabajo que hacía el Consejo Directivo de la CONAMA por dar cumplimiento al Artículo 70 letra b). En efecto, este órgano tenía la dirección superior de la CONAMA y, en consecuencia, diversas atribuciones,[45] entre las que destacaba: "*conocer del recurso de reclamación en materias de Estudio de Impacto Ambiental*"[46]. En esta tarea el Consejo Directivo de la CONAMA concentraba la mayor parte de su trabajo[47], en desmedro del resto

43 Por "la Comisión" se entiende la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

44 Sierra, L.; "*Reforma de la Institucionalidad Ambiental: problemas y oportunidades*".

45 Las funciones del Consejo Directivo de la CONAMA estaban establecidas en el artículo 72 de la Ley N° 19.300, en las letras de la a) a la k).

46 Fragmento de la letra j) del artículo 72 de la Ley N° 19.300, antes de la modificación del año 2010. La citada disposición hacía alusión al artículo 20 de la referida ley, que, en parte, disponía que "en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente".

47 Tanto es así, que la historia de la ley en la discusión de la Ley N° 20.417 indica que, respecto a la supresión del Consejo Directivo de la CONAMA, la Ministra Presidenta de la CONAMA, señaló que "una de las críticas más fuertes a su funcionamiento ha sido que la mayor parte del tiempo se dedicaba a resolver recursos de reclamación del SEIA, en desmedro de otras funciones establecidas en la Ley N° 19.300, como proponer al Presidente las políticas medioambientales o ejercer labores de coordinación".

de sus funciones, con lo que se le criticaba que "*no ha cumplido con su tarea en la parte normativa. Dicta pocas normas con los consiguientes problemas para el funcionamiento del sistema, producto de un alto grado de discrecionalidad. Las normas se producen a través de las regulaciones de impacto ambiental, con la alta inconveniencia de dictar normas generales a partir de casos particulares*"[48]. La generación de normativa y el análisis de sustentabilidad habían quedado relevados a un segundo plano[49]. De este modo, se propuso crear dos instancias en que se reúnan los ministros: uno es el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, donde sólo se discute política pública y regulación general, y el otro es un comité pequeño, integrado sólo por seis ministros para la resolución de las reclamaciones al interior del sistema de las resoluciones de calificación ambiental[50].

Al parcial y escaso análisis de sustentabilidad que había, hay que agregar las pocas herramientas con que el Consejo Directivo de la CONAMA operaba y el pobre blindaje legal de sus decisiones.

En definitiva, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417, todos los proyectos de ley y los actos administrativos de carácter ambiental –independiente del Ministerio o Servicio del que provengan– pasaron a someterse a la aprobación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad[51] y éste disponía de continuidad, exclusividad y protección jurídica para ello. En consecuencia, se consolidó un análisis que tenía un rol secundario, en un examen de buena política pública, con perspectiva y garantía de transversalidad muy gravitante en la labor del Poder Ejecutivo[52].

48 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el investigador del Centro de Estudios Públicos, señor Lucas Sierra.

49 La evaluación ambiental de proyectos comenzó a apoderarse de la discusión ambiental, al punto que las grandes cuestiones ambientales se analizaban cuando eran "convocadas" por la evaluación ambiental de algún proyecto.

50 El actual artículo 20 de la Ley N° 19.300 dispone, en parte, que "en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería".

51 Por ejemplo, los proyectos de ley de pesca y acuicultura, de caza o de marco de gestión de residuos y de la responsabilidad extendida del productor pasaron por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad; al igual que las normas de calidad primaria para el material particulado respirable MP 10, reglamento ambiental para la acuicultura o para la Evaluación Ambiental Estratégica, norma para emisión para fundiciones de cobre y fuentes emisoras de arsénico, entre muchas otras.

52 Otras atribuciones del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad establecidas en el

En efecto, una de las virtudes de la CONAMA que suscitaba mayor reconocimiento era que garantizaba transversalidad[53]. Por ello se explica que una de las principales críticas al proyecto de ley original que presentó el Poder Ejecutivo para rediseñar la institucionalidad ambiental fuera que "*elimina la transversalidad que existía para la confección de normas y planes, suprimiendo la posibilidad de enfrentar la elaboración de regulaciones con una visión sistemática*"[54], y su carácter "*global*"[55]. Se afirmó que esta "*visión sólo alcanza cuando en la elaboración de las regulaciones ambientales existe participación activa de los organismos de gobierno representativos de las distintas actividades del país, en especial los Ministerios sectoriales, así como de los organismos e instituciones representativas de los distintos intereses del sector privado y la industria*"[56]. En consecuencia, era

mencionado artículo 71, corresponden a las señaladas en la letra c) "*Proponer al Presidente de la República la creación de las Áreas protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza y de las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos*". Esta competencia ha sido ejercida en numerosas ocasiones. En efecto, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad le ha propuesto al Presidente de la República la creación del Parque Nacional Yendegaia (Acuerdos de sesiones del 28 de noviembre de 2013 y del 23 de enero de 2014) y Alerce Costero (Acuerdo de Sesión del 4 de octubre de 2012); del Área Marina Costera Protegida de Múltiples Usos Archipiélago Juan Fernández, Pilipalena-Añihue y Bahía Tictoc-Golfo de Corcovado (Acuerdos de sesión del 23 de enero de 2014); de la Reserva Nacional Pampa del Tamarugal (Acuerdo de Sesión del 14 de marzo 2014); del Santuario de la Naturaleza San Juan de Piche (Acuerdo de Sesión del 2 de mayo de 2013), Bosque de Calabacillo de Navidad (Acuerdo de Sesión del 22 de marzo de 2012), Campo Dunar de la Punta de Concón (Acuerdo de Sesión del 20 de diciembre de 2012) y Horcón de Piedra (Acuerdo de Sesión del 6 de mayo de 2011); y en la letra e) "*Pronunciarse sobre los criterios y mecanismos en virtud de los cuales se deberá efectuar la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, a que se refiere el artículo 26 de la ley N° 19.300"*. El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, en las sesiones del 28 de mayo de 2012 y 14 de marzo de 2013 trató el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en el que se regula la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (en las sesiones del 23 de enero de 2014 y 21 de julio de 2014 también se trató el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pero no en lo relativo a esta materia).

53 En la Historia de la Ley N° 20.417, se indica que el investigador del Centro de Estudios Públicos, señor Lucas Sierra, señaló que "el medio ambiente es un concepto transversal que tiene una proyección de esa dificultad con lo institucional, representándose a través del Consejo Nacional de la CONAMA en los 14 Ministerios que lo componen, y a lo cual debe agregarse la dificultad de una definición legal amplísima, que abarca incluso conceptos culturales como los del Convenio 169, relativos a culturas originarias, que profundizan esta dificultad, porque el concepto de medio ambiente no se acota, por el contrario, se amplía y se hace más difuso".

54 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por los señores Francisco Costabal, Presidente del Consejo Minero, y Javier Cox, Gerente General del mismo. La historia de la Ley N° 20.417 indica que, en este mismo sentido, se manifestaron los representantes de la Sociedad de Fomento Fabril, el Instituto Libertad y Desarrollo y el Centro de Estudios Públicos.

55 En la historia de la Ley N° 20.417 se indica que el señor Ramón Jara, Vicepresidente de la Sociedad Nacional de Minería, destacó "la necesidad de que el proyecto reconozca y mantenga la transversalidad en la elaboración de normas y planes, y consolide la visión global que dicho proceso requiere".

56 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el señor Ramón Jara, Vicepresidente de la Sociedad Nacional de Minería. En la misma línea, la historia de la Ley N° 20.417 indica que el señor Lucas Sierra, investigador del Centro de Estudios Públicos señaló: "el proyecto de ley que

"*importante reincorporar la transversalidad en la elaboración de normas mediante la activa participación de un Consejo de Ministros con el Ministro del Medio Ambiente*"[57].

De esta manera, "*ante las críticas que se efectuaron a la idea de sectorializar el Ministerio del Medio Ambiente, se enmendó el rumbo, incorporando en la institucionalidad un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que resguarda la lógica de la transversalidad*"[58]. Asimismo, "*la consagración legal del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, sin competencias en la dirección superior del ministerio, permitirá al gobierno de turno se vea obligado a observar los diversos elementos sectoriales que han de considerarse en la formulación de políticas medioambientales y evitar que el legítimo interés de las autoridades sectoriales de cumplir con sus metas particulares resulte contradictorio con los criterios ambientales que, deben inspirar a la administración en su conjunto. Es decir, se trata de un nuevo avance en establecer de manera legal la intersectorialidad de las políticas públicas, único camino que permite avanzar en conceptos de eficacia, eficiencia y modernización de la gestión pública*"[59]. Con esto, "*desapareció el cuestionamiento relativo a que la creación del Ministerio provocaba la pérdida de la transversalidad al incorporarse en el proyecto el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad*"[60].

crea el Ministerio del Medio Ambiente, está quitando la responsabilidad en materia ambiental al Gobierno ya que de una relación multilateral se pasa a una bilateral, con lo que no se está dejando espacio de convergencia y responsabilidad política de la Administración Pública en materia ambiental, donde se enfrentará e impondrá a cada ministerio o se transformará en algo irrelevante".

57 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por los señores Francisco Costabal, Presidente del Consejo Minero, y Javier Cox, Gerente General del mismo.

58 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, señora Ana Lya Uriarte. Otras intervenciones en el mismo sentido de la Señora Uriarte recogidas en la Historia de la Ley N° 20.417: "el Ejecutivo acogió la idea de garantizar la transversalidad, lo que hizo mediante la creación de un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que no tuviera carácter de órgano directivo respecto del Ministerio" o "se agrega a esto un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad que, a diferencia del Consejo de Ministros que hoy día existe, no tiene tareas de dirección sobre el Ministerio".

59 Historia de la Ley N° 20.417; postura del Diputado Señor Felipe Harboe.

60 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, Señora Ana Lya Uriarte. En efecto, la Historia de la Ley N° 20.417 indica la intervención de varios actores en la discusión que asintieron en que, con la incorporación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, el riesgo de pérdida de transversalidad se acababa; en este sentido, el profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Arturo Fermandois, señaló que respecto de la creación del Ministerio del Medio Ambiente "la mayoría de los invitados concuerda con la proposición del Ejecutivo aun cuando algunos se mostraron partidarios de mantener un Consejo de Ministros. Los que se manifestaron contrarios a la creación del Ministerio basaron su desacuerdo en la supresión del Consejo de Ministros y la desaparición del principio de transversalidad, amén de no considerar la variable sustentabilidad (…) el Ejecutivo está dispuesto a restablecer el Consejo, pero con una óptica distinta ya que sería el órgano encargado de la sustentabilidad, lo cual a su vez permitirá ordenar variados aspectos del proyecto". Asimismo, el Senador Señor Hernán Larraín señaló "creo que el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad –pese a que estos orga-

Junto con servir de garantía de transversalidad, la creación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad supuso algún grado de pérdida de las potestades sectoriales para la generación de normativa y de proyectos de ley. En efecto, si la transversalidad era la prioridad, la temática ambiental seguiría distribuida en todo el Estado y ello mantendría la duplicidad, inconsistencia y contraposición de normativa ¿Cómo, entonces, asegurar la coherencia normativa en un modelo transversal?[61]

El legislador optó por la exigencia de que toda la normativa de carácter ambiental pase por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y sea obligatoria para todos los sectores. Este era un tema sensible para el tiempo de la discusión de este proyecto de ley, ya que cada sector regulaba "*independientemente de la CONAMA, sin revertir su decisión o llevarla a la CONAMA en consulta*"[62] y "*lo que fundamentalmente reclama el sector privado*"[63] es que "*no es posible alcanzar un desarrollo sustentable si las normativas ambientales no conversan y se integran con los demás elementos que caracterizan dicho desarrollo*"[64].

El rol del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad estaba precisamente en este tema, en "*una mirada sistémica, integrada, que no interviene en los asuntos de otros ministerios, pero sí busca la adecuada coherencia en esta materia, con una mirada global de país*"[65]. Esta "*intervención en asuntos de otros ministerios*" se zanjó eliminando la potestad sectorial de "*regular en materia ambiental, sin previamente recurrir al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad*"[66], con lo que, en definitiva, se lograba "*mantener la integración regulatoria, es decir, terminar con esta libertad en materia regulatoria, en el caso de que la norma tenga impacto ambiental*"[67].

nismos no son los que a uno más le atraen en cuanto al funcionamiento institucional– reviste cierta importancia, porque contribuirá a garantizar la transversalidad de miradas (…) si bien no se trata de un organismo ejecutivo ni funcionará con mucha efectividad, será una instancia que va a permitir garantizar la transversalidad. Por consiguiente, es trascendental validarla en lo que eso significa".

61 En la Historia de la Ley N° 20.417 se indica la aprehensión del Señor Lucas Sierra, investigador del Centro de Estudios Públicos, sobre este tema: "en cuanto a políticas ambientales y definición de estándares normativos, tales como, normas primarias y secundarias de calidad ambiental, normas de emisión y estándares que implican creación normativa, la institucionalidad debe ser capaz de desarrollar un manejo de distintos temas, la idea de desarrollo sustentable, que implica una conjunción de intereses contrapuestos".

62 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, señora Ana Lya Uriarte.

63 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el señor Luis Cordero, Asesor Jurídico de la CONAMA.

64 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el señor Ramón Jara, Vicepresidente de la Sociedad Nacional de Minería.

65 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, señora Ana Lya Uriarte.

66 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, señora Ana Lya Uriarte.

67 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el señor Luis Cordero, Asesor Jurídico de la CONAMA.

2.2.3. El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y su composición: reflejo del concepto de sustentabilidad

La composición del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad es de suma importancia en cuanto a que ésta condiciona la garantía de transversalidad de la temática ambiental en el Estado. Si efectivamente este órgano está llamado a promover la sustentabilidad, debe estar integrado por quienes representen los intereses de los pilares en los que ésta se basa: economía (creación de riqueza para todos), equidad social (participación de todos los grupos sociales), y medio ambiente (conservación y gestión de los recursos naturales).

Para responder a la pregunta sobre la integración del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, estaba, como punto de partida, la entonces institucionalidad vigente.[68] El Consejo Directivo de la CONAMA se configuraba multisectorialmente y era competente para pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos de carácter ambiental, con lo que podía asimilarse al pretendido Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Sin embargo, este nuevo órgano "*no tiene tareas de dirección sobre el Ministerio del Medio Ambiente*"[69] y no pretende cumplir todas las atribuciones que tenía el Consejo Directivo de la CONAMA, por lo que no se justificaba la presencia de todos sus miembros. Con todo, no tenemos certeza del razonamiento que hubo detrás de la integración del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, cuestión que fue criticada[70].

De esta manera, seis de los catorce miembros del Consejo Directivo de la CONAMA quedaron fuera del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Dos de esos casos se justifican como corolario de la reforma a la institucionalidad ambiental, por cuanto dejó de existir la CONAMA y con ello su Presidente, quien presidía su Consejo Directivo y dirimía en caso de empate. Respecto al otro caso, desde el Poder Ejecutivo "*no se consideró necesario mantener la coordinación que actualmente realiza el Ministro Secretario General de la Presidencia ya que la evidencia empírica de lo que ha sido el funcionamiento del Consejo Directivo de la CONAMA antes de la ley 20.173 no ha sido del todo exitosa. La señal correcta*

68 En la Historia de la Ley N° 20.417, se indica que la Ministra Presidenta de la CONAMA Señora Ana Lya Uriarte habría tenido aprehensiones sobre el equilibrio en la institucionalidad vigente, por cuanto "la creación de este Consejo, busca crear un espacio de libertad, estableciendo una política pública en materia de regulación de sustentabilidad de los recursos naturales, aclarando que en la actualidad hay Ministerios que tienen potestades de conservación y de fomento productivo, advirtiendo que lo que prevalece es el fomento productivo, y que las políticas de fomento productivo no tienen asociadas una política pública de uso y aprovechamiento sustentable de los recursos, por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad posibilitará que el sector lleve la deliberación a esta instancia".

69 Historia de la Ley N° 20.417, postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, señora Ana Lya Uriarte.

70 En la Historia de la Ley N° 20.417, se indica que el Senador señor Antonio Horvath señaló que "no vemos en forma clara porqué se considera a algunos y no a otros" ministros.

ha sido que el Ministro de Medio Ambiente era quien se debía hacer cargo de la dirección o deliberación de las políticas públicas en materia ambiental"[71]. Sin embargo, parece discutible la prescindencia del Ministro Secretario General de la Presidencia por cuanto éste asegura la coordinación política y legislativa ya que si bien a su reemplazante, el Ministro del Medio Ambiente, "*se le presenta como Ministro coordinador, (...) en la historia de Chile no han existido ministerios coordinadores, pues todos están en situación de igualdad. El único Ministerio coordinador es la SEGPRES con una dirección legislativa*"[72].

Respecto a la exclusión de los otros ministerios, no hay total claridad. En el caso de Relaciones Exteriores, por ejemplo, su participación se hace necesaria dada la implementación regulatoria que suponen los tratados internacionales en materia ambiental, especialmente los relacionados a cambio climático y los temas ambientales fronterizos. Estos mismos temas, junto con las materias relacionadas con soberanía, recursos naturales y concesiones marítimas tocan directamente al Ministerio de Defensa Nacional, de quien también se ha prescindido injustificadamente. Por último, en el caso del Ministerio de Educación su exclusión no parece concordar con la especial relevancia que ha adquirido la protección del patrimonio nacional y cultural a cargo del Consejo de Monumentos Nacionales –dependiente del Ministerio de Educación– y los temas de educación ambiental.

Sin perjuicio que los ministros mencionados no fueron considerados como miembros permanentes del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, nada obsta a que éste les cite a alguna sesión o les encargue algún trabajo específico.

Por otra parte, el Ministro de Energía pasó a formar parte de este nuevo órgano, lo que aparece como altamente justificado dada la relevancia de este tema en el marco de la sustentabilidad, al igual que el Ministro de Hacienda. En efecto, el Poder Ejecutivo propuso incorporar a este último debido a que "*permitirá que las decisiones de políticas públicas sean más integradas y sustentables (...) y transparentar el diálogo*"[73], en el sentido de que las iniciativas presentadas al

71 Historia de la Ley N° 20.417; postura de la Ministra Presidenta de la CONAMA señora Ana Lya Uriarte.

72 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el señor Lucas Sierra, investigador del Centro de Estudios Públicos, quien además agregó: "en la comunidad internacional, la mayoría de los casos en que los países tienen Ministerio del Medio Ambiente con estas características corresponde a sistemas parlamentarios, resultando obvio que en ellos se dé esta situación de coordinador. El único sistema presidencial similar al de Chile es el de EEUU, pero que no tiene un Ministerio del Medio Ambiente, sino una Agencia independiente".

73 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, señora Ana Lya Uriarte, quien agregó el siguiente ejemplo: "¿Dónde está la presencia de Salud? Se encuentra allí, muy claramente, en las normas primarias de calidad ambiental, que son aquellas tendientes a proteger la salud de las personas. Y ahí se halla el Secretario de Salud, integrando el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. ¿Para qué? Para exigir que se dicten esas normas. Pero no sólo para exigirlo líricamente. Ahora tendrá delante al Ministro de Hacienda. Entonces podrá, políticamente, decir dónde están los frenos, si se opone alguno de los Secretarios de Estado, en particular el de Hacienda. Todos los que ejercemos cargos públicos y quienes actúan desde hace muchos años en política sabemos bien que esta es lírica sin Hacienda detrás. Entonces, hay que tenerla delante para lograr su colaboración y transparentar el diálogo, que muchas veces se lleva a cabo –digámoslo derechamente– sin que la ciudadanía ni los propios Senadores lo conozcan".

Consejo de Ministros se discutirán conjuntamente con su financiamiento y el asentimiento del Ministro de Hacienda "*impedirá negar en sus debates los recursos para asegurar un desarrollo sustentable*"[74].

Además de incorporar al Ministro de Hacienda, la propuesta del Poder Ejecutivo consistía en que fuera éste el primer reemplazante del Ministro del Medio Ambiente en la presidencia del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad[75]. Sin embargo, ello causó un fuerte rechazo en el Senado[76], con lo que finalmente "*se cambia el orden para que, en caso de ausencia o impedimento de la Ministra o Ministro del Medio Ambiente, el reemplazante en la presidencia sea el titular de Agricultura y no el de Hacienda*"[77].

En definitiva, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad quedó conformado por once miembros –en vez de los catorce que integraban el Consejo Directivo de la CONAMA–. En consecuencia, lo componen los Ministros del Medio Ambiente, quien lo preside; de Agricultura; de Hacienda; de Salud; de Economía, Fomento y Turismo; de Energía; de Obras Públicas; de Vivienda y Urbanismo; de Transportes y Telecomunicaciones; de Minería; y de Desarrollo Social. En caso de ausencia o impedimento del Presidente, éste será reemplazado por el Ministro que corresponda según el orden en que se indicaron. El Presidente es quien convoca y dirime en caso de empates.

74 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por el Diputado señor Patricio Vallespín.

75 Sin perjuicio de que la inclusión del Ministro de Hacienda generó críticas. La historia de la Ley N° 20.417 indica que la Diputada señora Alejandra Sepúlveda señaló que "con todo cariño le digo a la ministra que va a enfrentar hartos problemas, porque tendrá varios monstruos a su alrededor en ese Consejo: el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con los requerimientos de suelos agrícolas; el de Minería, con la utilización del agua. Con ello, quiero decir que el empoderamiento que le estamos dando con esta iniciativa le significará peleas constantes".

76 En la historia de la Ley N° 20.417 se indica que el Senador señor Antonio Horvath señaló que "lo peor es que el titular de Medio Ambiente pueda ser subrogado por su par de Hacienda. Ello no da garantía de sustentabilidad. En mi opinión, le resta jerarquía al futuro Ministro del Medio Ambiente, y, por lo tanto, tenemos que intentar asegurarnos de que no quede establecido en esas condiciones en la ley". A su vez, también se indica que el Presidente de la Fiscalía del Medio Ambiente, señor Fernando Dougnac, señaló que "debe eliminarse al Ministro de Hacienda como presidente, en caso de ausencia del Ministro del Medio Ambiente, pues no es el más idóneo sobre la materia. Podría ser subrogado por el de Salud o por el de Agricultura".

77 Historia de la Ley N° 20.417; postura del Senador señor Pablo Longueira. Luego de la intervención del Senador Longueira, la historia de la Ley N° 20.417 indica que la Senadora señora Soledad Alvear señaló que: "quiero llamar la atención de la Sala sobre el hecho de que lo propuesto es completamente inédito. Porque normalmente en el Congreso vemos planteamientos para aumentar las facultades del Ministro de Hacienda. Pero en este caso se le quita una: en lugar de ser él quien reemplace al del Medio Ambiente en el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, la subrogación recae en el titular de Agricultura".

2.2.4. El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y sus decisiones: cuando la sustentabilidad adquiere obligatoriedad y carácter resolutivo

Los artículos 71, 72 y 73, de la ley de Bases Generales del Medio Ambiente, regulan las atribuciones, composición y organización del Consejo. Dichos artículos fueron incorporados por la Ley N° 20.417, que creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad es un órgano de la administración del Estado de carácter colegiado, en que sus integrantes son ministros de Estado. Como todos los órganos colegiados y de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.880, las decisiones que adopta el Consejo son acuerdos[78], y se llevan a efecto por medio de resoluciones en este caso del Ministerio del Medio Ambiente[79].

Como se ha señalado, una de las etapas finales del procedimiento de generación de normativa ambiental es la discusión en el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Los acuerdos adoptados en éste, han sido blindados por el legislador con un atributo excepcional en nuestro ordenamiento jurídico: tienen carácter resolutivo.[80] En consecuencia, el legislador quiso darle a la sesión del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad la condición de trámite esencial y otorgarle "*carácter vinculante al pronunciamiento acerca de la creación de normas*"[81].

3. Conclusiones

Tal como ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo, el rol de Ministerio del Medio Ambiente y del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad articula un modelo institucional que ya no es ni coordinador ni de autoridad o ministerial, sino que uno "híbrido o de sustentabilidad". De esta forma, se establece legalmente una finalidad de sustentabilidad en el funcionamiento de ambas instituciones, con lo cual se consagra institucionalmente y en facultades propias, la definición de desarrollo sustentable contenida en la letra g) del artículo 2° de la Ley de Bases Generales

78 Art. 3° de la Ley N° 19.880.

79 De acuerdo al artículo 73 de la Ley N° 19.300, "Los acuerdos del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad que deban materializarse mediante actos administrativos que conforme al ordenamiento jurídico deban dictarse a través de una Secretaría de Estado, serán expedidos a través del Ministerio del Medio Ambiente".

80 El inciso tercero del artículo 73 de la Ley N° 19.300 dispone que "Los acuerdos del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad serán obligatorios para los organismos de la Administración del Estado al cual estén dirigidos, incurriendo en responsabilidad administrativa los funcionarios que den cumplimiento a los mismos."

81 Historia de la Ley N° 20.417; postura expresada por la Ministra Presidenta de la CONAMA, señora Ana Lya Uriarte.

del Medio Ambiente: "*el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras*". Así, el Ministerio del Medio Ambiente desarrolla política y normativa de carácter ambiental, pero con el sello de la sustentabilidad, y cuenta para esta labor con el apoyo del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. De esta forma, es el Estado quien en definitiva aboga por la sustentabilidad.

Lo interesante de esta propuesta es que define que la postura del Estado en estas materias es una sola y es en favor de la sustentabilidad, superando lógicas en que se podía ver como contradictorias posturas de ministerios de fomento productivo versus ministerios de protección. Esta postura compatibiliza los tres pilares del desarrollo sustentable en una visión también de solidaridad intergeneracional y es a esta postura a la cual han de adscribirse tanto el Ministerio del Medio Ambiente como los ministerios "productivos", teniendo siempre presente el primer principio de la Declaración de Río: "*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza*".

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Asenjo, Rafael; "*Institucionalidad Pública y Gestión Ambiental en Chile*"; en serie En Foco; Corporación Expansiva; 2006.

Black, Julia; "*Critical Reflections on Regulation*"; Centre for Analysis of Risk and Regulation of London School of Economics and Political Science; 2002.

Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo; "*Nuestro Futuro Común*"; 1986.

Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (Informe Comisión Jadresic); 1998.

Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo; "*Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*"; 1992.

Historia de la Ley N° 20.417.

Jordan, Andrew, y Lenschow, Andrea; "*Environmental Policy Integration: a State of the Art Review*"; Environmental Policy and Governance Wiley InterScience; 2010.

Lenschow, Andrea; "*Greening the European Union: an introduction*"; en "*Environmental Policy Integration*"; Andrea Lenschow (editora); Earthscan; 2002.

Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inició el Proyecto del Ley de Bases del Medio Ambiente el 14 de septiembre de 1992, Mensaje N° 387-324.

Protocolo de acuerdo Proyecto de Ley que crea el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, firmado el 26 de octubre de 2009.

Neumayer, Eric; "*Weak versus Strong Sustainability. Exploring the limits of two opposing paradigms*", Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y Comisión Económica para América Latina y el Caribe; "*Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile*"; 2005.

Sierra, Lucas; "*Reforma de la Institucionalidad Ambiental: problemas y oportunidades*"; Revista Estudios Públicos N° 111, Invierno de 2008; Centro de Estudios Públicos; 2008.

Sesiones Consejo de Ministros para la Sustentabilidad públicas a la fecha de este trabajo; 8 de octubre de 2010 a 23 de enero de 2014.

NORMAS CITADAS

Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

HOJA DE RUTA DE CHILE EN CAMBIO CLIMÁTICO

Andrea Rudnick García[1]

1. Introducción

El cambio climático es uno de los grandes desafíos que enfrenta la humanidad actualmente. En 1994 Chile se comprometió ante la comunidad internacional a hacer frente a este desafío, mediante la ratificación de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, e inicia un camino para incorporar esta temática en los diferentes sectores y ámbitos del país.

Desde la presentación de la Primera Comunicación Nacional sobre Cambio Climático de Chile ante Naciones Unidas, en el año 2000, las materias relacionadas con cambio climático han evolucionado rápidamente. Dicha evolución ha contado con una valiosa visión de Estado, que ha trascendido los gobiernos, lo que ha permitido enfrentar el tema seriamente con una mirada de largo plazo.

Actualmente, los ejes estratégicos de trabajo en Chile sobre cambio climático son: negociación internacional; inventario de gases de efecto invernadero; mitigación; vulnerabilidad y adaptación; educación y sensibilización; y arreglos institucionales. Este documento pretende describir las principales iniciativas en curso del sector público, bajo cada eje estratégico y sin ser exhaustivo, para que el lector capture la panorámica general de la situación gubernamental nacional en cambio climático.

2. Negociación internacional

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, adoptada en 1992, tiene por objetivo lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible.

La Convención se basa en tres principios centrales: el principio precautorio, la responsabilidad común pero diferenciada de los estados, y la contribución al

1 Ingeniero Civil de Industrias de la P. Universidad Católica de Chile y Magíster en Ciencias de la Ingeniería de la P. Universidad Católica de Chile; Consultora en Cambio Climático.

desarrollo sostenible. En la Convención se establecen compromisos diferenciados para países desarrollados y en desarrollo, entre los cuales destacan la obligación de los primeros de implementar políticas y medidas para reducir emisiones de gases de efecto invernadero y otorgar apoyo científico, técnico y financiero a los países en desarrollo. Por el contrario, los países en desarrollo no se ven obligados a reducir sus emisiones bajo la Convención y sólo deben elaborar un informe país (Comunicación Nacional), que detalle sus esfuerzos por implementar dicha Convención.

Debido a que la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera no iba a ser lograda bajo la Convención, en 1995 comenzó la negociación del Protocolo de Kioto, que es un acuerdo internacional que involucra a países desarrollados a establecer compromisos de reducción de gases de efecto invernadero legalmente vinculantes, que fue adoptado el año 1997 y entró en vigor el año 2005. El acuerdo considera dos grupos principales de países: países Anexo I, los cuales corresponden a países desarrollados firmantes (tales como Canadá, Rusia, Australia y países europeos), los que comprometieron alcanzar las metas de reducción de emisiones, y países no-Anexo I, que corresponden a países en desarrollo firmantes (como Chile, Brasil, México, India, China, etc.), los cuales ratificaron el protocolo pero que no tienen obligaciones de reducir sus gases de efecto invernadero. Chile ratificó el Protocolo de Kioto en el año 2002 y países como Estados Unidos no se adhirieron a éste.

Para el primer período de cumplimiento del Protocolo de Kioto, entre los años 2008 y 2012, se estableció la meta de reducir en un 5% las emisiones de gases de efecto invernadero de los países, tomando como base las emisiones del año 1990. En el año 2005, durante la undécima Conferencia de las Partes (COP) de cambio climático, se formó un grupo técnico para negociar la continuación del Protocolo de Kioto después de su término en el año 2012. Después de muchas tratativas, en diciembre de 2012, en la COP 18 en Doha, Qatar, se acordó un segundo período de cumplimiento, desde enero de 2013 a diciembre de 2020, en el cual los países Anexo I comprometieron reducir sus emisiones en al menos 18% por debajo de los niveles del año 1990. Algunos de los países que se adhirieron al primer período de cumplimiento, decidieron mantenerse al margen de un nuevo período de cumplimiento (ej. Canadá, Nueva Zelandia y Rusia).

En paralelo a las negociaciones del segundo período de cumplimiento del Protocolo de Kioto, desde el año 2007 se ha trabajado para establecer un compromiso internacional de largo plazo para reducir gases de efecto invernadero (para un período de compromisos post Kioto) en el cual no sólo los países desarrollados, sino que también los países en vías de desarrollo, tengan compromisos de reducir sus emisiones, basado en el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

En la COP 17 realizada en Durban, Sudáfrica, en 2011, los países acordaron negociar un nuevo acuerdo legalmente aplicable a todas las partes bajo la Convención, a ser adoptado en 2015, el cual entrará en vigor a partir de 2020. En diciembre de 2012, en la COP 18, los países reafirmaron su voluntad de llegar a un nuevo acuerdo en 2015 y fijaron un calendario de negociación. Los acuerdos bajo la COP 17 y COP 18 significan un cambio fundamental en el marco existente de la Convención en la cual solo países desarrollados han tenido obligaciones legales de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero.

La COP 19 en Varsovia culminó el sábado 23 de noviembre de 2013, manteniendo a los gobiernos en un curso de negociación hacia el acuerdo 2015. Las decisiones más importantes de la COP 19 incluyen: nuevas decisiones para reducir las emisiones de la deforestación, y decisiones sobre un mecanismo de compensación de pérdidas y daños de las poblaciones más vulnerables a los efectos del cambio climático. En el contexto del acuerdo 2015, los países decidieron iniciar o intensificar la preparación doméstica de sus contribuciones nacionales para dicho acuerdo, que entrará en vigor a partir de 2020. Los países que estén preparados para hacerlo, deberán presentar sus planes, en forma clara y transparente, con suficiente antelación a la COP 21, en París, y durante el primer trimestre de 2015. Los países también decidieron cerrar la brecha de la ambición del periodo pre-2020, mediante la intensificación de los trabajos técnicos y la participación más frecuente de los Ministros.

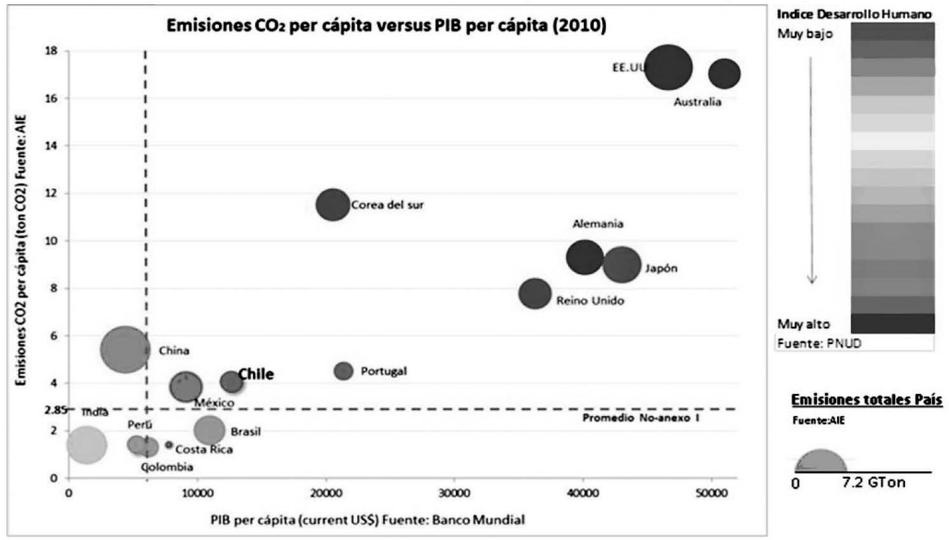
Según estudios del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA, 2013), los compromisos de reducción de emisiones comunicados hasta ahora por los países presentan una brecha de entre 8 a 12 G ton CO2eq en el 2020 para permanecer en la ruta de evitar el aumento de temperatura por sobre los 2°C. Las consecuencias de no cerrar la brecha son mayores riesgos y mayores costos. Lo anterior, fuerza aún más la participación universal para la solución de la problemática del cambio climático. Bajo este contexto actual de negociación, se prevé que Chile deberá considerar la adopción de un compromiso legalmente vinculante de reducción de sus emisiones de gases de efecto invernadero a partir del 2020, principalmente debido al desarrollo económico que ha alcanzado.

Como se observa en la siguiente figura, Chile posee emisiones de CO2 per cápita por sobre el promedio de los países en desarrollo, y también posee un PIB per cápita por sobre el promedio de los países en desarrollo. Por otro lado, Chile representa un 0,2% de las emisiones mundiales, lo que podría indicar que no debiera asumir compromisos, dada su baja participación.

Así, es evidente que no existe un único indicador que permita representar una diferenciación equitativa entre los países en lo que a compromisos de reducción de emisiones se refiere, como también es claro que la inacción, en relación a este

punto, provocará una menor competitividad para el país, mayores riesgos y mayores costos en la adaptación a los cambios en el clima.

Figura 1: Emisiones CO2 per cápita versus PIB per cápita



Fuente: Elaboración en base a datos del Banco Mundial, Agencia Internacional de la Energía (AIE) y Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD).

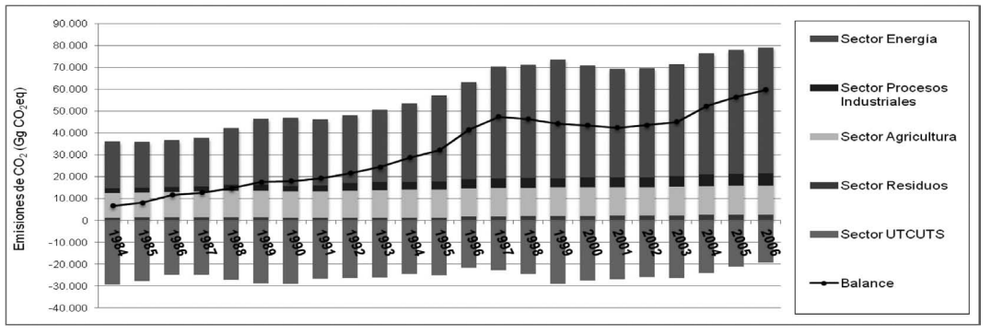
3. Inventario de gases de efecto invernadero

El primer inventario nacional de gases de efecto invernadero oficial del país fue presentado a la Convención en su Primera Comunicación Nacional (CONAMA, 2000), con información de las emisiones de los años 1993 y 1994. El segundo y último inventario oficial es el presentado en la Segunda Comunicación Nacional de Chile, publicada por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA, 2011), y comprende los resultados de estimaciones de emisiones y capturas de gases de efecto invernadero para los sectores de energía, procesos industriales, agricultura, uso del suelo, cambio en el uso del suelo y silvicultura, y residuos antrópicos. El país hizo el esfuerzo por presentar dicha actualización en una serie de tiempo desde 1984 al 2006, permitiendo encontrar tendencias que guiaran las líneas de trabajo en mitigación en el país.

La Figura 2 muestra que, a nivel nacional, las emisiones netas de gases de efecto invernadero se incrementaron en un 232% entre los años 1990 y 2006, muy por sobre el promedio de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), e incluso de los países latinoamericanos. En términos absolutos, el sector energía marca la tendencia a nivel nacional, incrementándose en un 85% entre 1990 y 2006, y aportando el 73% de las emisiones

al año 2006. El segundo sector contribuyente es agricultura, con una participación del 17% de las emisiones al año 2006, no obstante este sector ha incrementado sus emisiones sólo en un 10% durante el periodo 1990-2006, siendo el sector de menor crecimiento y manteniéndose relativamente estable. El sector procesos industriales ha incrementado sus emisiones en un 120% entre 1990 y 2006, con una participación del 7% de las emisiones a nivel nacional al año 2006. El sector de mayor incremento durante el periodo 1990-2006 ha sido el sector residuos antrópicos, que ha aumentado sus emisiones en un 142%; aunque su impacto absoluto es bajo, con una participación del 3% al año 2006. En el caso del registro de las capturas de CO_2 del sector forestal en Chile, se aprecia en la Figura 2 la importancia del sector uso del suelo, cambio del uso del suelo y silvicultura (USCUSS), aunque la captura neta se ha visto reducida en un 33% entre 1990 y 2006.

Figura 2: Emisiones y capturas de CO_2eq a nivel nacional, por sector (miles de ton CO2eq)



Fuente: MMA, 2011.

En diciembre del 2010, en la Conferencia de las Partes N°16, se alcanzaron los Acuerdos de Cancún, donde se señala que: "*Los países en desarrollo deberán presentar a la Convención informes bienales de actualización (IBA), que contengan información actualizada sobre los INGEI, con inclusión de un informe del inventario nacional y de información sobre las medidas de mitigación, las necesidades en esa esfera y el apoyo recibido*" (d.1/COP16). Un año después, en la COP17, se alcanzaron los Acuerdos de Durban en donde se señala que: "*las Partes no incluidas en el anexo I (...) deberían presentar su primer IBA a más tardar en diciembre de 2014 (...) abarcando, como mínimo, un año civil anterior en no más de cuatro años a la fecha de presentación*" (d.1/COP17).

Ante estos nuevos compromisos asumidos por el país, surge la necesidad de implementar un sistema nacional de inventarios de gases de efecto invernadero para Chile que pueda contener las medidas institucionales, jurídicas y de procedimiento establecidos para la actualización bienal del inventario nacional de Chile. La Oficina de Cambio Climático del Ministerio del Medio Ambiente es la entidad encargada,

a nivel nacional, de coordinar e implementar el sistema nacional de inventarios. Además, será la entidad responsable de consolidar y presentar el inventario nacional actualizado hasta el año 2010, en el primer reporte bienal a más tardar en diciembre de 2014.

4. Mitigación

4.1. Acciones nacionales de mitigación apropiadas

El concepto de Acciones Nacionales de Mitigación Apropiadas (NAMAs) y su medición, reporte y verificación (MRV) surge el año 2007, al alero del Plan de Acción de Bali de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Bajo el pilar de mitigación, se acordó aumentar el esfuerzo mundial de mitigación de gases de efecto invernadero a través del trabajo de países desarrollados y en desarrollo. Con respecto a estos últimos, el texto de consenso establece: "Acciones Nacionales de Mitigación Apropiadas de los países en desarrollo en el contexto del desarrollo sostenible, apoyadas y facilitadas por tecnologías, financiación y fomento de capacidades, en una manera medible, reportable y verificable".

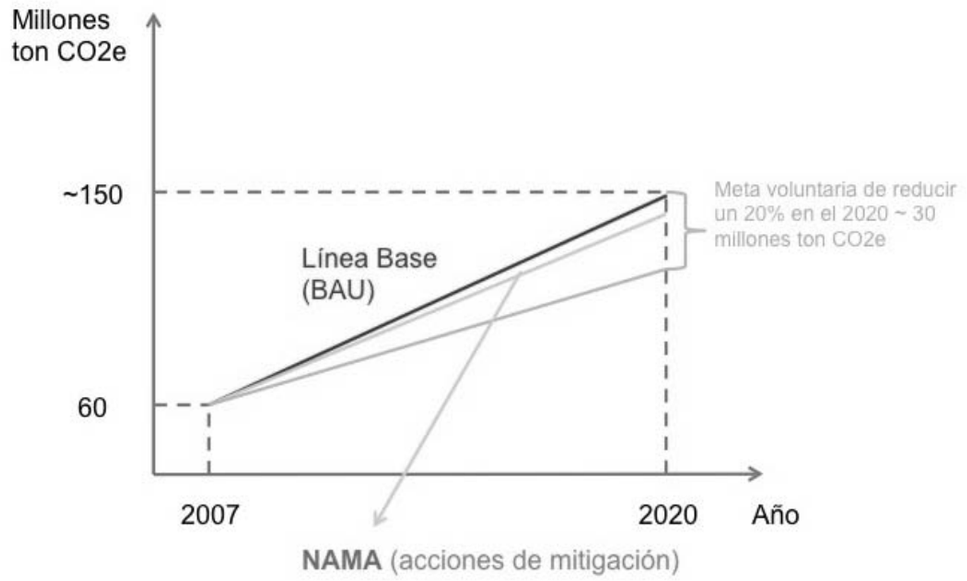
Luego de cinco años de negociación, en la COP 15 se logró el Acuerdo de Copenhague, el que especifica que "países en desarrollo tomarán acciones nacionales de mitigación apropiadas aspirando a alcanzar una desviación de las emisiones relativas a sus emisiones tendenciales en 2020". Esta es la primera vez que se acordó una meta común de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero para países en desarrollo.

En el marco del Acuerdo de Copenhague de la COP 15, Chile comunicó oficialmente a la Convención, a través del punto focal nacional de Chile, función ejercida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, su compromiso voluntario de reducción de emisiones, el que plantea que: "Chile realizará acciones nacionalmente apropiadas de mitigación de modo de lograr una desviación de 20% por debajo de su trayectoria creciente de emisiones *business-as-usual* en el 2020, proyectadas desde el año 2007". La declaración también explicitó que para lograr este objetivo, Chile requerirá de apoyo internacional. Además, se comunicó que las medidas de eficiencia energética, energías renovables y medidas de uso de suelo, cambio de uso de suelo y forestales, serán el foco principal de las acciones nacionalmente apropiadas de mitigación de Chile.

En el marco de las negociaciones internacionales bajo la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, el compromiso voluntario de Chile sigue vigente y el país se encuentra trabajando en el diseño e implementación de

NAMAs individuales. El compromiso de Chile y su relación con las NAMAs individuales, se puede esquematizar en la siguiente figura.

Figura 3: Esquema del compromiso voluntario de Chile: cifras referenciales de Escenario de PIB medio bajo y PIB medio alto de Fase I MAPS Chile (MAPS Chile, 2013)



La Convención implementó un registro internacional de NAMAs con el objetivo de facilitar el levantamiento de apoyo financiero para ellas, y de proveer un espacio para el reconocimiento de las NAMAs financiadas domésticamente por países en desarrollo. La participación en el registro es voluntaria, y su subscripción en el registro no es condicionante para recibir o proveer soporte. Además, el registro no es un sistema formal de reporte de acciones ni de sus resultados. Asimismo, no existen requerimientos para la verificación de la información registrada. Este registro ha estado funcionando como prototipo desde el 13 de agosto de 2012, a través de la página web de la Convención, y a partir del 16 de octubre de 2013 se cuenta con un registro funcional. Existen cuatro entradas de información al registro, las cuales poseen sus respectivos formatos: NAMAs buscando apoyo para su preparación, NAMAs buscando apoyo para su implementación, otras NAMAs para reconocimiento como esfuerzo doméstico, e información sobre el soporte financiero.

En el caso de Chile, a la fecha existen cuatro NAMAs debidamente publicadas en el registro internacional de NAMAs, cada una de ellas abarcando

diferentes sectores tales como: fomento al sumidero de carbono mediante bosques; autoabastecimiento con energía renovable en la industria; valorización de residuos de diversas industrias alimenticias y sus servicios; y sector industrial en general. Las entidades implementadoras de las NAMAs de Chile son: Corporación Nacional Forestal; Centro de Energías Renovables; Ministerio del Medio Ambiente; y Consejo Nacional para la Producción Limpia, respectivamente. Tres NAMAs chilenas están buscando apoyo financiero para su implementación, y una posee financiamiento doméstico que busca reconocimiento internacional. Esta última, presentada por el Consejo Nacional para la Producción Limpia, consiste en la cuantificación de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero resultante de todos los Acuerdos de Producción Limpia que se implementen entre el 2012 y 2020.

Adicionalmente, en el país existen diversas leyes, programas, planes y metas sectoriales que pueden ser consideradas Acciones Nacionalmente Apropiadas de Mitigación domésticas, y que aportarán de manera relevante al compromiso voluntario de reducción de gases de efecto invernadero. Algunas acciones domésticas que serían elegibles para reconocimiento en el registro de NAMAs son: Leyes N° 20.698, N° 20.365 y N° 20.571 que amplían la matriz energética del país a través del uso de energías renovables no convencionales, ley que establece una franquicia tributaria respecto de sistemas solares térmicos, ley de net billing, meta de reducir en un 12% la demanda energética estimada a 2020, programa "Cambia tu camión", programa de eficiencia energética en edificios públicos, implementación de eficiencia energética en edificios públicos, cogeneración en hospitales, mejoramiento de la eficiencia energética del alumbrado público, etiquetado energético obligatorio para vehículos, entre muchas otras medidas que reducen emisiones de gases de efecto invernadero. Cabe destacar que las NAMAs deben contar con un sistema de medición, reporte y verificación (MRV) para que el país pueda cuantificar las reducciones de gases de efecto invernadero que resultan de estas acciones.

4.2. Proyecto MAPS Chile

El origen de la iniciativa MAPS (Mitigation action, plans and scenarios, por sus siglas en inglés) se remonta al proyecto "Escenarios de Mitigación de Largo Plazo", desarrollado en Sudáfrica entre 2005 y 2008. Fruto de positivas evaluaciones nacionales e internacionales del proceso y los resultados del proyecto, el año 2010 surgió la iniciativa MAPS Programme: un programa de trabajo para apoyar a países en desarrollo a elaborar planes de desarrollo que sean compatibles con los desafíos del cambio climático. Es una iniciativa sudafricana liderada por el Centro de Investigación en Energía de la Universidad de Ciudad del Cabo, con la colaboración del Centro South South North, y con el financiamiento de la Fundación del Fondo de Inversiones de la Niñez (Children's Investment Fund Foundation, CIFF). Actualmente se desarrollan proyectos MAPS en Brasil, Chile, Colombia y Perú.

MAPS Chile es un proyecto gubernamental que entregará, fruto de un proceso de investigación y participación multi-actor, evidencia, proyecciones y opciones para disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero en Chile. En particular, el proyecto contribuirá a orientar la toma de decisiones –de actores públicos y privados– ofreciendo opciones concretas en términos de políticas públicas, compatibles con los objetivos de desarrollo nacional. El proyecto es dirigido por un Comité Interministerial en el que participan representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Hacienda, Transportes y Telecomunicaciones, Agricultura, Energía, Minería y Medio Ambiente; este último actúa como Secretaría Ejecutiva del proyecto.

Si bien en el país se han realizado iniciativas tendientes a identificar, cuantificar y proyectar las emisiones nacionales de algunos sectores específicos, no ha habido una iniciativa que integre y consolide información de los diversos sectores. Esto es lo que el proyecto MAPS Chile busca realizar. Así, MAPS Chile contribuirá con: información y acciones posibles para mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero, que a la vez potencien la competitividad internacional del país y amplíen sus posibilidades de desarrollo; información sobre el cumplimiento del compromiso voluntario comunicado por el país en Copenhague; y el aumento del conocimiento y la conciencia general sobre cambio climático en los diversos actores relevantes.

El Proyecto MAPS reúne fondos de diversas fuentes. Parte significativa de los fondos provienen de los Gobiernos de Dinamarca y Suiza, de CIFF (Children´s Investment Fund Foundation), de CDKN (Climate Development Knowledge Network) y de aportes del Gobierno de Chile. Por último, cabe mencionar que el proyecto se está llevando a cabo en fases. Durante la fase 1 (terminada en julio de 2013) se realizó la proyección del escenario línea base 2007-2030, o crecimiento sin restricciones, y el escenario requerido por la ciencia. En la fase 2, desarrollada durante el año 2013, se proyectará el escenario línea base 2012-2030, y distintos escenarios de mitigación.

5. Vulnerabilidad y adaptación

La adaptación al cambio climático ha ido cobrando importancia rápida y progresivamente en todo el mundo, desde que en 2007 el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) presentó como conclusión en el Cuarto Reporte de Evaluación del Cambio Climático, que este fenómeno es un hecho inequívoco, y que la adaptación es necesaria para enfrentar los impactos resultantes del calentamiento que ya es inevitable. Esto se ha visto reflejado en una mayor presencia del tema en las negociaciones internacionales de cambio climático, en la creación de fondos para apoyar la adaptación en los países en desarrollo, en una mayor generación de

conocimiento y en la generación de estrategias y planes de adaptación en varios países.

Chile no ha estado ajeno a esta realidad y en los últimos años ha desarrollado avances importantes en la comprensión de los impactos del cambio climático. Se sabe que Chile es un país altamente vulnerable al cambio climático, tal como lo indican los estudios realizados a nivel internacional y nacional, y sus efectos ya se están haciendo notar en el territorio nacional. Las proyecciones climáticas para el país muestran como principales efectos un aumento en la temperatura y una disminución en las precipitaciones en una amplia zona de la región centro-sur del país. También se proyectan aumentos en la frecuencia de eventos extremos tales como sequías, inundaciones fluviales y costeras. Todos estos cambios tendrán repercusión directa e indirecta sobre la mayor parte de las actividades productivas del país y también sobre el medio ambiente y la biodiversidad.

La adaptación puede ser definida como "los ajustes en sistemas humanos o naturales como respuesta a estímulos climáticos proyectados o reales, o sus efectos, que pueden moderar el daño o aprovechar sus aspectos beneficiosos" (IPCC, 2007). La adaptación puede ser autónoma, planificada, reactiva y preventiva. Para los sistemas humanos, la adaptación implica ajustar el comportamiento, los medios de vida, la infraestructura, las leyes, políticas e instituciones, a los cambios climáticos esperados.

La adaptación planificada es un proceso en el cual pueden distinguirse cuatro etapas claves: 1) el desarrollo de los escenarios climáticos y la evaluación del impacto y la vulnerabilidad (entendida como la propensión o predisposición a verse afectado negativamente frente a los cambios); 2) la planificación en base a las opciones de adaptación y condiciones de contexto local o nacional; 3) la implementación directa de medidas o acciones; y 4) el monitoreo y evaluación de las medidas, para el ajuste y actualización.

Con el fin de anticiparse a los daños potenciales del cambio climático y minimizar las amenazas al desarrollo social y económico del país, el Estado de Chile, tanto en la Estrategia de Cambio Climático de 2006 (CONAMA, 2006), como en el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2008- 2012 (CONAMA, 2008), definió la adaptación como uno de los tres ejes principales de la política de cambio climático. El plan estableció los sectores prioritarios para la adaptación, lineamientos y acciones concretas, instituciones responsables y plazos para el cumplimiento. Las acciones definidas apuntaron a generar los conocimientos sobre los escenarios climáticos para Chile, la vulnerabilidad y los impactos esperados en los distintos sectores y las opciones de adaptación. Como resultado final se planteó la elaboración del Plan Nacional de Adaptación y de los Planes de Adaptación Sectoriales.

En 2006, se desarrolló el primer conjunto de escenarios climáticos para el país a 100 años plazo, y luego en 2009, se complementó esta información con escenarios climáticos más inmediatos (30 y 60 años). Con esta base de información, se han generado una serie de estudios de vulnerabilidad en los diversos sectores tales como: impactos sociales en la agricultura, vulnerabilidad en el sector salud, vulnerabilidad de los recursos hídricos, vulnerabilidad de la pesca y acuicultura, vulnerabilidad de la biodiversidad terrestre, vulnerabilidad de la infraestructura, entre otros.

En 2012, se desarrolló el estudio "Estado del Arte de Modelos para la Investigación del Calentamiento Global", trabajo de la Universidad de Chile, que proyecta los impactos del cambio climático en base a los nuevos escenarios elaborados por el IPCC, denominados *Representative Concentration Pathways* (RCP). Se realizaron simulaciones para los escenarios RCP2.6 y RCP8.5, que corresponden al escenario más favorable y más desfavorable, respectivamente, en relación a las emisiones de carbono en la atmósfera. Las proyecciones de temperaturas y precipitación se obtienen para dos períodos: 2011-2030 y 2031-2050, sobre la base histórica de 1961-1990. Las proyecciones son coincidentes con los trabajos anteriores, en el sentido que muestran un aumento en la temperatura y una disminución en las precipitaciones en una amplia zona ubicada aproximadamente entre los 27°S a 45°S de latitud.

El Plan Nacional de Adaptación dará los lineamientos para la adaptación en Chile, y articulará a su vez los planes sectoriales de adaptación para nueve sectores que han sido definidos como prioritarios: sector silvoagropecuario, biodiversidad, sector pesca y acuicultura, salud, infraestructura, recursos hídricos, ciudades, sector energía y sector turismo. Se espera que el Plan Nacional proporcione la estructura global donde se inserten, coordinen y den coherencia a las acciones de los diferentes sectores, localidades y regiones, considerando que la adaptación puede llevarse a cabo a nivel de un sector específico, a nivel multisectorial, a nivel regional o de manera transversal o nacional.

Los planes sectoriales poseen diferentes niveles de desarrollo, siendo los más avanzados los sectores silvoagropecuario, biodiversidad, y pesca y acuicultura.

6. Educación y sensibilización

Desde que la temática del cambio climático fue instalada en el país, se reconoció la necesidad de desarrollar actividades que apoyaran su difusión más allá de las instancias de investigación, traspasando la barrera de la complejidad técnica que rodea los temas relacionados con el cambio climático y dirigiendo los esfuerzos a la incorporación de distintos sectores para hacer frente a esta problemática de manera conjunta.

Es así como en la Estrategia Nacional sobre Cambio Climático (CONAMA, 2006) se estableció la línea estratégica de Creación y Fomento de Capacidades (lo que hoy en día se denomina como línea estratégica de Educación y Sensibilización), la que fue ratificada posteriormente en el Plan de Acción Nacional sobre Cambio Climático (CONAMA, 2008), y definido su objetivo principal como: "Difundir y crear conciencia en la ciudadanía frente a los problemas ambientales y, en particular, a aquellos derivados del cambio climático, fomentando la educación, sensibilización e investigación sobre esta temática en Chile".

Entonces, el trabajo bajo este eje fue enfocado por el sector público a la educación formal e informal de la ciudadanía, difundiendo conceptos y conocimientos en otras instituciones y servicios públicos y privados, apoyando la incorporación de conceptos básicos en docentes, estudiantes y profesionales, además de proponer actividades prácticas para facilitar su incorporación.

El primer trabajo desarrollado bajo este eje fue la elaboración de la "Guía de apoyo docente en cambio climático" (CONAMA, 2009), documento que contiene los antecedentes básicos del fenómeno del cambio climático, además de una propuesta de actividades prácticas transversales en la malla curricular para ser aplicadas en el aula. Junto a esta guía, por vez primera se desarrolló un curso de capacitación docente en modalidad semi-presencial para 60 docentes.

Complementando el trabajo anterior, el Ministerio del Medio Ambiente y el Consejo Nacional de Televisión elaboraron una serie animada de cinco capítulos llamada "La plaza imaginaria", que narra cómo cuatro amigos aprenden de distinta manera sobre el cambio climático, y que fue finalista en un concurso internacional de proyectos audiovisuales ambientales para jóvenes.

Continuando con las actividades de capacitación iniciadas en 2009, el Ministerio del Medio Ambiente y el Ministerio de Educación actualizaron la "Guía de apoyo docente en cambio climático" y planificaron la realización de una nueva versión del curso de capacitación en modalidad "a distancia", logrando cubrir mayor cantidad de docentes y llegando a lugares más alejados. La inscripción y participación de los docentes es totalmente gratuita. Con su realización, se da cumplimiento a una de las actividades propuestas en el Plan Nacional de Educación y Sensibilización en Cambio Climático (MINEDUC, 2009).

Otra iniciativa de sensibilización es la calculadora ciudadana de huella de carbono, desarrollada por el Ministerio del Medio Ambiente en 2012. Consiste en una herramienta interactiva de apoyo para el acercamiento de este

concepto a la ciudadanía. Basado en el cálculo mensual y personal de huella de carbono, recolecta información para los tres alcances de la metodología del GHG Protocol. Esta herramienta fue instalada de forma permanente en el sitio web oficial del Ministerio del Medio Ambiente (MMA, 2012b).

Por último, en el marco del sexto concurso del programa de Tecnologías de la Información y Comunicación Efectiva para la Educación de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnología (CONICYT), se desarrolla un "Videojuego de cambio global para enseñanza básica", por el Centro de Investigación Aplicada TEKIT –que desarrolla herramientas TIC para educación- perteneciente a la Universidad Santo Tomás. El proyecto -que se ejecutará entre diciembre 2012 y diciembre 2014- busca desarrollar una herramienta educativa gratuita pensada para su uso en la sala de clases. Se articula en base al currículo en ciencias de sexto básico, correspondiente al programa nacional de educación, y su objetivo es promover en los niños y niñas conciencia ciudadana para el desarrollo sustentable y la motivación por el aprendizaje en ciencias.

Todas las iniciativas descritas, además de múltiples actividades realizadas por actores públicos, privados y la sociedad civil no mencionadas en el presente documento, permiten acercar los conceptos de cambio climático a la ciudadanía.

7. Arreglos institucionales

Dado el carácter transversal que representa enfrentar los retos del cambio climático, resulta fundamental avanzar en el diseño e implementación de arreglos institucionales que permitan enfrentar la problemática del cambio climático de una manera más eficiente. En los últimos años, han ocurrido avances importantes en la implementación de arreglos institucionales que se describen a continuación.

7.1. Creación de la Oficina de Cambio Climático[2]

La Ley Nº 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, introduce modificaciones en la Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. En relación al cambio climático, este último cuerpo normativo establece, en su artículo 70.h), que le corresponderá especialmente al Ministerio del Medio Ambiente proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático. En ejercicio de esta competencia deberá colaborar con los diferentes órganos de la Administración del Estado a nivel nacional, regional y

2 Fuente: Ministerio del Medio Ambiente, www.mma.gob.cl.

local, con el objeto de poder determinar sus efectos, así como el establecimiento de las medidas necesarias de adaptación y mitigación.

En 2013, mediante Resolución Exenta N° 269 del Ministerio del Medio Ambiente, se creó la Oficina de Cambio Climático, que tiene a su cargo las siguientes funciones:

a) Generar y recopilar información técnica y científica en materia de cambio climático para apoyar el diseño de políticas y formulación de planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático;

b) Proponer y ejecutar políticas, estrategias, programas y planes en materia de cambio climático en el país;

c) Ejercer las acciones de coordinación que presta el MMA entre los diferentes órganos de la Administración del Estado a nivel nacional, regional y local con el objeto de poder determinar los efectos del cambio climático, así como el establecimiento de las medidas necesarias de adaptación y mitigación;

d) Dar seguimiento y asesorar al Ministro en los avances en la ejecución de los instrumentos de política pública sobre cambio climático en el país;

e) Asesorar al Ministro en lo que dice relación con la posición nacional respecto de la CMNUCC y otras instancias internacionales que tienen relación con la materia de cambio climático;

f) Proponer, formular y ejecutar las acciones necesarias para velar por el cumplimiento de la CMNUCC y otras Convenciones que tienen relación con la materia de cambio climático;

g) Servir de vínculo entre la comunidad internacional y los órganos del Estado para fomentar la cooperación internacional y la creación de capacidades en materia de cambio climático.

7.2. Reformulación del Consejo Nacional Asesor sobre Cambio Global

Conforme a lo establecido en el Decreto N°466, de 1996, del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Comité Nacional Asesor sobre Cambio Global actúa como órgano consultivo nacional para abordar la temática en Chile, y en particular, asesora al Ministerio del Medio Ambiente y al Ministerio de Relaciones Exteriores en temas relativos a cambio climático. La presidencia le corresponde al Ministerio del Medio Ambiente, la vicepresidencia al Ministerio de Relaciones Exteriores y lo integran, además, el Ministerio de Agricultura, la Comisión Nacional de Energía,

la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, la Dirección Meteorológica de Chile, el Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada de Chile, la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, y la Academia Chilena de Ciencias.

El Ministerio del Medio Ambiente estimó que el Comité Nacional Asesor sobre Cambio Global debiera ser la base para reforzar la institucionalidad actual en materia de cambio climático, por lo que implementó la creación de un nuevo comité operativo sobre cambio climático que tomará las funciones del antiguo comité asesor e incorporará a otras instituciones como miembros permanentes para lograr una convocatoria institucional más amplia. A través de la Resolución Exenta N° 197, del 19 de marzo del 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, titulada "Constituye Comité Asesor sobre Cambio Climático" se creó el nuevo Comité Asesor sobre Cambio Climático, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2013.

7.3. Comité de la Autoridad Designada para el Fondo de Adaptación[3]

La Convención de cambio climático ha establecido un fondo especial para desarrollar acciones de adaptación ante los efectos del cambio climático, denominado Fondo de Adaptación, creado por la Decisión 10/CP.7, en la Conferencia de las Partes N°7. El Fondo de Adaptación lo han establecido las Partes del Protocolo de Kioto, suscrito y ratificado por Chile, y promulgado por el Decreto Supremo N° 349, de 2004, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El objeto de los proyectos y programas financiados por el Fondo de Adaptación será apoyar actividades de adaptación concretas destinadas a reducir la vulnerabilidad y aumentar la capacidad de adaptación y respuesta a los impactos del cambio climático, incluyendo la variabilidad a niveles nacionales y locales. El tamaño del fondo y los recursos disponibles dependerán de la monetización de las Reducciones Certificados de Emisiones, que constituyen la fuente principal de recursos para el Fondo de Adaptación.

Los países interesados en solicitar recursos al Fondo de Adaptación deben nombrar una autoridad designada, cuya aprobación será necesaria para que sus agencias implementadoras, o en cooperación con entidades implementadoras multilaterales, puedan entregar propuestas directamente para obtener financiamiento. Para ejercer dicho cargo, se acordó crear un Comité Asesor de la Autoridad Designada, entre cuyas funciones se encuentra la de seleccionar los proyectos más apropiados para nuestro país referente a medidas concretas de adaptación al cambio climático.

El Comité de la Autoridad Designada para el Fondo de Adaptación es integrado por los siguientes ministerios del Medio Ambiente, de Agricultura, de

3 Fuente: Ministerio del Medio Ambiente, www.mma.gob.cl

Obras Públicas y de Relaciones Exteriores, y fue creado a partir de la Resolución Exenta N° 85 del Ministerio del Medio Ambiente, en febrero de 2012.

8. Desafíos nacionales

Como es posible apreciar en la descripción general de los ejes estratégicos del sector público en cambio climático, existe un trabajo interministerial permanente, con equipos de trabajo y presupuestos nacionales e internacionales que permiten el desarrollo de capacidades, proyectos, información e instrumentos de política pública. Sin embargo, los desafíos reinan en miras a lograr un desarrollo económico de Chile de manera sostenible y resilente. Entre los retos es posible mencionar la necesidad de continuar implementando políticas públicas que consideren el factor de cambio climático, continuar diseñando e implementando acciones nacionales de mitigación apropiadas para el país que contribuyan al control de las emisiones de gases de efecto invernadero, implementar adaptación local para enfrentar el cambio climático, continuar fortaleciendo las instituciones públicas y privadas, y mantener una visión de Estado de largo plazo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CONAMA, 2000. Primera Comunicación Nacional. Santiago, Chile.

CONAMA, 2006. Estrategia Nacional de Cambio Climático. Santiago, Chile.

CONAMA, 2008. *Plan de Acción Nacional de Cambio Climático*. Santiago, Chile.

CONAMA, 2009. Guía de apoyo docente en cambio climático. Santiago, Chile.

IPCC, 2007. Cuarto Reporte de Evaluación del Cambio Climático.

MAPS Chile, 2013. Informe Resultados Fase I MAPS Chile. Santiago, Chile.

MINEDUC, 2009. Plan Nacional de Educación y Sensibilización en Cambio Climático. Santiago, Chile.

MMA, 2011. Segunda Comunicación Nacional de Chile. Santiago, Chile.

MMA,2012.LaPlazaimaginaria.http://www.youtube.com/watch?v=IU3gc59UT9Y

MMA, 2012b. Quiero mejorar mi huella. http://www.mma.gob.cl/quieromejorarmihuella/

PNUMA, 2013. The Emissions Gap Report 2013.

RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y SUSTENTABILIDAD

Sebastián Valdés de Ferari[1]

Según los principales autores que han escrito sobre "Responsabilidad Social Empresarial" o "Responsabilidad Social Corporativa" (RSE o RSC), las bases de este concepto surgieron en la década de los 50, con el libro de Howard R. Bowen *"Social Responsibilities of the Businessman"* (1953), cuya traducción podría ser "Las responsabilidades sociales del empresario". Este economista definió la responsabilidad social como "las obligaciones de los empresarios para impulsar políticas corporativas, para tomar decisiones o para seguir líneas de acción, que son deseables en términos de los objetivos y valores de la sociedad".

En esta definición se propone la incorporación de aspectos o intereses sociales en las metas y los resultados de la institución o empresa, con el fin de hacer aportes y contribuciones a la solución de las problemáticas y necesidades de la sociedad. Esta doctrina estaría basada en un compromiso voluntario de largo plazo de los empresarios, capaz de disminuir los problemas sociales y económicos de la sociedad.

Entre las herramientas propuestas por Bowen para incorporar esta doctrina a la empresa, se encuentran: la incorporación de los puntos de vistas de otras partes interesadas o *"stakeholders"* en la administración; escrutinio social de las políticas de la empresa; la preparación de los ejecutivos para esos fines; difusión y comunicación del desempeño de la empresa de manera transparente; códigos de comportamiento en los negocios basados en buenas prácticas y preceptos éticos y contribuciones de la empresa para impulsar el desarrollo de la empresa responsable. Todos elementos básicos de la responsabilidad social empresarial que ya se encuentran incorporados, entre otros, en los enfoques actuales del concepto.

Desde ahí, la RSE ha sido definida y redefinida muchas veces en las últimas décadas, expandiéndose la literatura al respecto, y probablemente también los malos entendidos teóricos y prácticos que abundan en su implementación. Algunas de estas definiciones son las siguientes:

---

1 Economista de la Universidad de Chile, Ph.D. en Environmental and Natural Resources Economics de la University of Maryland at College Park. Ministro Titular del Tribunal Ambiental de Santiago.

• En 1979, Archie B. Carroll, de la University of Georgia, propuso una definición de RSE de cuatro partes –económica, legal, ética y altruista-, que "Considera las expectativas económicas, legales, éticas y discrecionales que la sociedad tiene respecto de las organizaciones", atribuyéndole a las empresas obligaciones de éxito económico, cumplimiento legal, preocupación ética y filantropía.

• En 1982, Peter Drucker, fue mucho más instrumentalista en la estrategia propuesta al plantear que "…la apropiada "responsabilidad social" para la empresa es calmar al dragón, es decir, transformar un problema social en una oportunidad económica y de beneficio económico, en capacidad productiva, recursos humanos competentes, trabajos bien pagados, en riqueza".

• En 1999, Watts y Holme, optan por una definición más genérica y se acercan a lo que posteriormente Porter llama la integración de los negocios y la sociedad, debido a su mutua interdependencia: "El compromiso continuo de las empresas de comportarse éticamente y contribuir al desarrollo económico mientras mejoran la calidad de vida de sus trabajadores y familias así como la de la comunidad y la sociedad".

• En 2001, Geffrey P. Lantos, del Stonehill Business School, toma la definición de Carroll y argumenta que para cualquier organización, la dimensión ética de la RSE (evitar causar daños) es obligatoria, pero que la dimensión altruista de la RSE (hacer el bien en beneficio de otros, muchas veces a costa de los accionistas) no es legítima e incluso podría ser ilegal o configurar un problema agente-principal (Reinhardt, Stavins y Vietor, 2008, RFF DP 08-12), por lo que las empresas y sus ejecutivos deberían limitarse a la filantropía estratégica (hacer el bien en beneficios de otros, siempre que sea bueno para la empresa)[2].

• En 2003, Bruce Buchanan, del Stern School of Business, New York University, dice que la responsabilidad es el deber de respetar los derechos cuando no existe una legalidad que así obligue, y coincide con Paul Portney, de Resources for the Future (2003), que define la RSE como "La práctica de una compañía que va más allá, a veces bastante más allá, de lo que se le es requerido por las leyes y las regulaciones", pero pone de nuevo énfasis en lo estratégico y en la ética. Portney critica que la RSE pueda llegar a

2 Distinto es el caso en que una empresa es, en sí, transitoria o permanentemente, utilizada como un instrumento filantrópico por parte de sus accionistas. En ese caso, los ejecutivos reciben un mandato que, en ocasiones o siempre, les demanda gestionar la RSE desde un punto de vista altruista. En ese caso, lo que puede llegar a estar en discusión es el fin de lucro de una empresa que posee ese mandato y requerir de una definición.

tener implicancias distributivas, puesto que se presiona a las empresas a producir bienes públicos (educación, salud, infraestructura, etc.) que son de responsabilidad del Estado, y que deben ser financiados por toda la sociedad y no por los pocos consumidores, trabajadores y accionistas de la empresa que hace RSE. De ahí la frecuente advertencia de los practicantes de no pretender reemplazar al Estado en su rol.

• En 2003, Bradley Googins, del Boston College, se refiere a la RSE como la consideración que debe tener la empresa por su impacto total, el cual debe ser conocido, reconocido, gestionado y comunicado por la empresa a sus públicos de interés.

• En 2005, similarmente, Geoffrey Heal, del Columbia Business School, estima que la RSE surge de la falta de coincidencia entre los intereses de la empresa y los de la sociedad, donde esta desalineación puede deberse a problemas de funcionamiento en los mercados y también a percepciones sobre problemas de justicia en los resultados.

• En 2007, Michael E. Porter, de Harvard University, argumenta a favor de este planteamiento al validar el punto de vista de Friedman (1979), que descartó de plano la RSE basada en donaciones hechas por parte de la empresa o, mejor dicho, por sus ejecutivos a nombre de la empresa, puesto que éstas deberían ser hechas por los accionistas, los dueños de los recursos. Así, Porter propone la filantropía estratégica, como aquella que hace contribuciones con el fin de mejorar su contexto competitivo, en vez de la criticada por Friedman y Lantos, basada en donaciones difusas y fragmentadas que son justificadas con vagos fundamentos de marketing, buena voluntad y buena vecindad.

Así como Buchanan, Friedman y Porter, Heal argumenta que cuando los mercados funcionan bien, el resultado es eficiente tanto desde el punto de vista privado como social y en esos casos no se necesitaría de la RSE. Sin embargo, cuando los mercados no funcionan bien, y se generan externalidades negativas sociales o ambientales o existen injusticias o problemas distributivos, entonces, la RSE toma preponderancia para asegurar la sustentabilidad de los negocios. Como algunos de estos problemas se encuentran presentes en la mayoría de los mercados, y los *stakeholders*, mucho más informados y empoderados que antes en sus distintos roles, se dan cuenta de ello, la empresa moderna no puede soslayar una participación mucho más activa en su solución.

En ese momento aparece tanto la necesidad de invertir en el contexto competitivo, lo que Porter llama la filantropía estratégica, como la de gestionar e internalizar los impactos o externalidades que una empresa pueda generar. En dichos casos, es el rol de la RSE fomentar el desarrollo local en torno a las áreas de

influencia de los negocios, y buscar que la acción empresarial se dé en un ambiente de sociedad sana y donde se internalicen, mitiguen y compensen los impactos en bienestar que causan las externalidades (Porter y Kramer, HBR sept 2007). Es ahí donde la filantropía estratégica tiene su mayor impacto social, potenciando el desarrollo local (social y económico), por ende una sociedad sana, y un contexto competitivo favorable a la acción empresarial.

Esto, obviamente, va más allá de una acción de tipo altruista donde abunda el asistencialismo, pues, se apunta a provocar un impacto a nivel social, propiciar la auto-sustentabilidad y mejorar el escenario donde los negocios y la sociedad indefectiblemente deben integrarse armónicamente. Evidentemente, también supera a las intervenciones basadas en donaciones que se hacen con objetivos de marketing, para demostrar buena voluntad y recompensar aliados, las que son herramientas tácticas transitorias, normalmente aisladas, y no deberían ser la base de una estrategia de sustentabilidad.

Es entonces, en la presencia de externalidades negativas provocadas a lo largo de la cadena de valor de un proyecto, o ante un entorno contradictorio, agresivo y débil institucionalmente, cuando se justifica, precisamente, que las empresas vayan más allá del mero respeto por las leyes y normas, para contribuir a cerrar la brecha entre el interés social y el interés privado.

Así, podemos decir que la RSE se fue ganando su espacio con el apoyo e impulso dado por distintas instancias de nivel institucional. Por ejemplo:

• Gro Harlem Bruntland en el Reporte Bruntland (1987), propone que la "RSE es una orientación estratégica de la empresa y de la sociedad hacia un Desarrollo Sustentable".

• Según el Instituto Ethos (2007), la "RSE es la forma de gestión definida por la relación ética y transparente de la empresa con todos los públicos con los cuales se relaciona, y por el establecimiento de metas empresariales compatibles con el desarrollo sustentable de la sociedad; preservando recursos ambientales y culturales para las futuras generaciones, respetando la diversidad y promoviendo la reducción de las desigualdades sociales".

• Desde el mundo empresarial, el *World Business Council for Sustainable Development* (www.wbcsd.org) propone que "La responsabilidad social empresarial es el compromiso que asume una empresa para contribuir al desarrollo económico sostenible por medio de colaboración con sus empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad, con el objeto de mejorar la calidad de vida".

La norma ISO 26.000 Guía de Responsabilidad Social, por su parte, define: "Responsabilidad social es la responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y el medioambiente, a través de un comportamiento transparente y ético que:

• Contribuya al desarrollo sostenible, incluyendo la salud y el bienestar de la sociedad;
• Tome en consideración las expectativas de sus partes interesadas;
• Cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa internacional de comportamiento; y
• Esté integrada en toda la organización y se lleve a la práctica en sus relaciones".

La evolución descrita, se expresa a través de una nueva concepción del rol que debe cumplir la empresa, para realmente contribuir a satisfacer las necesidades de las personas y continuar cumpliendo su misión de generar progreso y riqueza a partir del esfuerzo de empresarios y trabajadores. Esta nueva concepción le reclama a la empresa un producto o servicio nuevo, que esté constituido por un vector de atributos que es diferente al par clásico: precio y calidad.

En este nuevo escenario que enfrenta la empresa, la generación de externalidades negativas, como la contaminación del medio ambiente o afectación de la cultura o forma de vida de alguna comunidad, como resultado de los procesos productivos, ha tomado la forma de un atributo negativo de los productos y servicios que ella ofrece al mercado. En oposición, las medidas que tome para evitar, mitigar, compensar o internalizar dichos efectos, serían un atributo positivo. Lo segundo es valorado positivamente por la sociedad como un signo de sustentabilidad, en la medida que el mensaje es transparente y coherente, la empresa actúa éticamente y es creíble. En cambio, lo primero es rechazado vigorosamente, e incluso podría generar un gran costo, tanto para la empresa como para la sociedad.

En el mundo de hoy, las personas, tanto en su carácter de consumidores como de ciudadanos mucho más cultos, más educados, más ricos, de una sociedad mucho más libre, comunicada, organizada, es decir, personas más empoderadas, simplemente conocen, perciben y rechazan con más fuerza y medios, esos efectos colaterales del progreso.

Esos ciudadanos, aunque siguen entendiendo el hecho de que para producir un bien o servicio se deba incurrir en ciertos costos adicionales que pueden afectarlos, también entienden que los mismos no pueden terminar contrarrestando todo lo bueno que se espera obtener de dicho proceso, y que los bienes y servicios resultantes deben dar clara evidencia de que así no es, sino que les agregan bienestar, valor.

De esta manera, la forma en que se produce ya no es indiferente para nadie y, mucho menos, sus efectos pueden ser ocultados o justificados bajo un manto de misterio o privilegio, por el solo hecho de ejercer la función de producir, invertir y dar empleo.

Desde la perspectiva de la economía, estas materias son muy relevantes, dado que son problemas que resultan de la inexistencia de mercados, o de imperfecciones en los mismos que impiden que los agentes decidores puedan incorporar en sus decisiones los valores reales de los recursos involucrados y que, por lo tanto, terminan siendo mal asignados, alcanzándose equilibrios sub-óptimos y de menor bienestar. En este caso, es el valor del medio ambiente, como recurso asimilador y controlador de elementos contaminantes, como soporte de vida y biodiversidad, paisaje, regulador climático, entre algunos de los servicios que le presta a la humanidad, el que es subvalorado y dichos servicios mal asignados entre sus distintos usos. Así, las políticas públicas en torno a la utilización del medio ambiente y los recursos naturales, la evaluación social de proyectos, la planificación de uso del territorio, entre otras materias económicas, se ven actualmente desafiadas.

Pero además, la sociedad actual exige que las externalidades sean internalizadas, mitigadas y/o compensadas por quien las genera, para asegurarse que el aporte neto de la actividad económica a su bienestar sea positivo. Asimismo, la comunidad actual, a nivel local, le exige a las empresas que la internalización, mitigación y/o compensación se exprese en resultados concretos hacia ellos mismos, y no se sacrifique su bienestar en pos del bienestar general.

Estas nuevas concepciones y aspiraciones de la sociedad actual desafían preceptos tradicionales como la justificación de los "proyectos país" y la concepción de "óptimo social" que estos conllevan, y se expresan a través del síndrome NIMBY (de la expresión "*not in my back yard*" o "no en mi patio trasero"), o LULU ("*locally unwanted land uses*" o "usos de la tierra localmente no deseados"), que sugieren que hay equilibrios óptimos sociales más deseables que otros.

La solución

¿Cuál es la solución a este problema de desalineamiento entre los objetivos sociales y privados, que permita alinearlos, reducir o eliminar los perjuicios que se le causan a la comunidad y aprovechar en plenitud el bienestar que ofrece el desarrollo productivo y las mayores opciones para la satisfacción de necesidades que de él emanan?

Históricamente, ha sido el Estado el que, a través de la regulación ambiental, urbana, territorial o de recursos naturales, ha asumido la labor de inducir a los

sectores productivos a considerar estos aspectos en sus decisiones productivas y de localización.

En el caso de las externalidades negativas descritas, se pueden visualizar varias alternativas para ello: soluciones de comando y control, que imponen cuotas de producción o límites a los impactos que se pueden causar a través de ella (normas de emisión, normas de calidad, vedas, prohibiciones, entre otras); o soluciones en base a incentivos, a través de instrumentos que buscan incorporar en las decisiones de uso el verdadero costo que significa para la sociedad la explotación de un recurso natural, la disposición de residuos en el medio ambiente, la producción de algún bien con impactos sobre el paisaje, la visibilidad, la cultura, etc., el cual no es incorporado en las decisiones privadas.

Sin embargo, ¿qué significa una norma de emisión o de calidad (por ejemplo, que se permita emitir x ug/m^3 de algún elemento contaminante), para un ciudadano común?, ¿cuál es su percepción acerca del efecto sobre su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Por otro lado, ¿qué efectos relevantes para la sociedad se están evitando con esa norma y cuáles no?, ¿qué variables se tomaron en cuenta al fijar la norma?, ¿cuál es la probabilidad real de que esta norma sea certera en reducir los verdaderos impactos de la externalidad en una cantidad considerada óptima por la sociedad?

Para que una norma sea efectiva y eficiente, en el caso de la solución de comando y control, y para poner buenos incentivos o perfeccionar los mercados, se requiere información muy precisa sobre todas estas cuestiones, y buena gestión al implementarla y fiscalizar su cumplimiento. Dos exigencias que son difíciles de cumplir porque demandan recursos que muchas veces no están disponibles para el Estado (dinero, conocimiento, información, capacidades, instituciones eficientes, entre otros).

Por lo tanto, estos diseños no siempre son lo suficientemente certeros para alcanzar la mitigación óptima de los efectos, o la compensación no alcanza para restituir el bienestar perdido por los afectados, o los instrumentos no logran corregir las señales erróneas que manda un mercado fallido o ausente. Entonces, es muy probable encontrarse con escenarios donde el desequilibrio generado por la externalidad en alguna medida persiste, y siempre hay alguien que sufre los efectos de dicha externalidad que reducen su bienestar.

Esto genera desesperanza entre los afectados. Es percibido como una injusticia, desencadena conflictos, presiones ciudadanas, y da pie para que ideologías extremas se posicionen entre las comunidades y empeoren los conflictos, así como genera oportunidades de arbitraje para que algunas organizaciones intenten extraer rentas ocultas. Sin embargo, este tipo de desenlace tampoco es sostenible en el

tiempo y termina generando grandes pérdidas para la sociedad pues, los proyectos no se hacen o detienen, se cuestionan las instituciones, se producen oportunidades para la corrupción, el Estado debe destinar recursos para la gestión de los conflictos, y se pierden grandes oportunidades para mejorar los niveles de desarrollo de un país.

La aspiración de la sociedad actual es que estas pérdidas de bienestar, que la intervención del Estado no es capaz de eliminar por completo, no se produzcan o al menos no se eternicen. Que los causantes de la externalidad asuman su rol y se hagan cargo de estos costos que se le continúan imponiendo a la comunidad, los gestionen, minimicen y compensen, o asuman la inviabilidad de sus proyectos y busquen otras alternativas para emprender. No basta entonces, con cumplir las normas si éstas aún no son capaces de resolver el desequilibrio, se debe ir más allá.

El llamado, como lo planteó el World Business Council for Sustainable Development (www.wbcsd.org) en sus inicios, es a que el sector privado, los empresarios, tomen este mandato de la sociedad y lideren su cumplimiento de manera eficiente. De otra manera será el Estado, con todas las limitaciones señaladas, el que asumirá ese rol de manera mucho más coercitiva, y, probablemente, a través de políticas públicas mucho más caras e ineficientes, coartando las posibilidades de desarrollo.

Para cumplir con estas exigencias y asegurar la convivencia y la sustentabilidad de las empresas, dado que la regulación no es capaz de resolver íntegramente el problema y el desequilibrio persiste, la única manera de hacerlo es a través de una interacción responsable entre la sociedad y la empresa que genera la externalidad, para hacer esfuerzos adicionales por internalizar, mitigar y compensar, e ir perfeccionando el contexto competitivo donde se dé esta interacción.

Es, entonces, el entorno de este desequilibrio que persiste, el escenario donde emerge (o debe emerger) la *responsabilidad social* de la empresa para lograr aproximar sus intereses a los de la sociedad.

La empresa, por un lado, deberá buscar avanzar hacia instancias de acercamiento que permitan medidas adicionales de mitigación, compensación o internalización del problema, que sean aceptadas por la sociedad, si es que desea proseguir con sus negocios. Los tribunales de justicia, cuando así se lo soliciten las partes, a través de la sana crítica, intentarán dictar una solución que aproxime el resultado final a un estado lo más cercano posible al óptimo social, todo dentro de sus atribuciones y la legalidad vigente. Por otro lado, las ONGs y otros grupos de interés, podrán intentar lo mismo acercando a las partes a un acuerdo a través

de la negociación (algunas sólo buscando extraer alguna renta que se encuentre disponible o se genere a partir del persistente desequilibrio, lo que no ayuda). Si estos caminos no confluyen hacia un resultado comúnmente aceptado, se dará origen a algún tipo de conflicto, el cual normalmente terminará en una solución sub-óptima y aún más cara.

Sin embargo, en este proceso de interacción, existe el potencial para llegar a una solución. Al menos así lo sugirió Ronald Coase, premio nobel de economía de 1991, a través de su clásico teorema económico conocido como el "Teorema de Coase" (Ronald Coase "El problema del costo social", Journal of Law and Economics, Octubre 1960), que establece que, en la presencia de costos de transacción bajos, la negociación entre privados en un mercado libre llevará a un resultado óptimo desde el punto de vista social, incluso en la presencia de externalidades negativas, si es que los derechos de propiedad están bien establecidos. En el contexto actual, nos encontramos con la base para que esa negociación se dé, como lo prescribe Coase.

Contexto actual

Hoy vemos claramente que los derechos de propiedad están establecidos, dado que cuando existen externalidades hay una regulación de alto rango que asigna dichos derechos en beneficio de la víctima[3]. Así lo establece en Chile el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas "*…el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación...".*

Segundo, los costos de transacción, si bien no están ausentes, en una sociedad moderna como la chilena están bastante reducidos: hay facilidad para organizarse, interlocutores que facilitan la coordinación y reducen sus costos (las ONG´s constructivas, no todas obviamente); existe un estado de derecho que, en la mayoría de los casos funciona, lo que también disminuye las fricciones; la proliferación del acceso a tecnologías de la información permite que ésta se distribuya ampliamente y que las personas sean capaces de darse cuenta de qué significa para su bienestar la presencia de una determinada externalidad y que sus expectativas de solución sean razonables; estas mismas tecnologías les permiten organizarse a muy bajos costos (de transacción) y negociar. Es decir, hay un escenario donde se podría negociar la solución de las externalidades de manera relativamente eficiente. Bueno, ese es precisamente el escenario de la RSE.

---

3 Es posible demostrar que bajo ciertas condiciones, se puede llegar al óptimo social si el afectado toma acciones defensivas por su propia iniciativa, aunque esto tiene connotaciones distributivas que podrían considerarse sub óptimas.

Podríamos decir entonces que la RSE es la gestión de un proceso de negociación a la Coase, donde la ética, la transparencia, las buenas artes, la asertividad, la solidaridad y el sentido de ciudadanía, sirven para propiciar que esas condiciones se den sin coerción, que las negociaciones resulten, y los negocios y la sociedad se integren, de manera de asegurar la sustentabilidad.

Responsabilidad social empresarial y competitividad

Dado lo anterior, nos encontramos hoy con que la RSE ha surgido como una prioridad para los líderes de los negocios en la mayoría de los países. Donde esto aún no se ha dado, la fuerza de la evidencia y la presión de los stakeholders, harán que deba ser asumido en horizontes bastante cortos, a veces de manera bastante costosa.

Desde la perspectiva de los negocios, al menos desde la voz de las empresas más importantes del mundo que son miembros del *Business Council for Sustainable Development*, este diagnóstico ha sido reconocido desde hace más de dos décadas: "La exigencia de que el crecimiento económico sea limpio y equitativo sigue siendo la principal dificultad en el contexto del desarrollo sustentable. Probar que ese crecimiento es posible es ciertamente la más grande prueba que enfrentan el mundo de los negocios y la industria, que deberán generar estrategias para maximizar el valor agregado al mismo tiempo que minimizan el uso de energía y recursos. Dada la enorme capacidad tecnológica y productiva de la empresa, cualquier progreso en esa dirección requerirá de su liderazgo" (traducido de "*Changing Course: A Global Business Perspective on Development and the Environment*", Stephan Schmidheiny y *Business Council for Sustainable Development* (BCSD), MIT Press 1992).

Más aún, actualmente, el *World Business Council for Sustainable Development* (la versión global del BCSD de esa época) ha planteado en su Visión 2050, que "…hasta hoy, nunca el futuro había planteado tantas preguntas, con consecuencias tan serias en función de nuestras respuestas. Y nunca hasta ahora había dependido tanto el futuro de lo que hoy hagamos todos-empresas, gobiernos y ciudadanos-". Y concluye que"…seguir haciendo negocios como siempre no nos puede conducir a la sostenibilidad o a una prosperidad económica y social segura, pues éstas sólo se podrán alcanzar si cambiamos radicalmente nuestra forma de actuar desde ahora mismo. Para desempeñar su función, las empresas tendrán que seguir haciendo lo que mejor saben hacer: adaptarse, innovar, colaborar y actuar. Estas actividades cambiarán, como también las relaciones de colaboración que hemos establecido con otras empresas, con los gobiernos, con el mundo académico y con las organizaciones no gubernamentales, para que todos ganemos. Y tenemos que hacerlo bien". Relevando que, "la buena noticia es que hemos descubierto que la hoja de ruta [para lograr lo anterior] y sus áreas claves presentan enormes oportunidades, como: hacer más con menos, crear

valor, prosperar y mejorar la condición humana. Para nosotros, son un aliciente fundamental, pues son estas oportunidades las que hacen crecer y prosperar a la empresa. Y muchas de esas oportunidades se darán en mercados emergentes" (*World Business Council for Sustainable Development 2010*, Visión 2050, www.wbcsd.org).

Pero, como ya lo dice el WBCSD, no de la misma manera de siempre, sino que a través de "…acometer cambios rápidos, radicales y a diversos niveles, que requieren coordinación y la implicación de múltiples socios", que "…exigen a los directivos empresariales una nueva forma de ver las cosas, que requiere replantearse cómo funcionan para enfocarse adecuadamente hacia un futuro sostenible" (Samuel A. DiPiazza, PWC, Visión 2050, WBCSD 2010). Esto, exigirá que las empresas colaboren más que nunca con los gobiernos y la sociedad civil. Precisamente, el llamado que hace la RSE para desplazarnos hacia la sustentabilidad.

El WBCSD advierte que "…no existe un camino único y sencillo, sino que habrá que diseñar, construir y transformar sistemas complejos (de energía, financieros, alimentarios, forestales, de transportes, urbanos…) que a su vez nos brinden los cimientos para la supervivencia y el desarrollo humano durante y después del siglo XXI. La historia tiene mucho que enseñarnos. Será importante revisar los conceptos, hipótesis y planteamientos fundamentales que en el pasado han hecho posible el éxito de las empresas y los mercados, y cómo, desde su papel, han sido capaces de generar progreso social y desarrollo humano durante los últimos 50 años. Igual que en el pasado, serán necesarias condiciones externas propicias. Así como también liderazgo e imaginación, porque tendremos que ser capaces de adentrarnos en nuevos territorios inexplorados, donde la experiencia del pasado no sirve".

En el camino que el mundo de los negocios deberá recorrer para abordar los desafíos de la sustentabilidad, y sobrevivir en el intento, el WBCSD dice que será todo nuevo. Que habrá nuevas oportunidades de negocios, que requerirán de una nueva agenda interna, con nuevas prioridades estratégicas y el desarrollo de nuevas capacidades y aptitudes. Que habrá nuevas prioridades en materia de relaciones con los stakeholders, con nuevos grupos de interés, nuevos temas que atender y una nueva agenda de asociaciones empresariales. Que habrá también, nuevos riesgos que gestionar, incluso de seguridad.

Finalmente, el WBCSD dice que se requerirá "colaboración, convicción y valor para visualizar e implantar los cambios radicales necesarios para alcanzar la prosperidad a largo plazo, al tiempo que seguimos avanzando en las condiciones actuales. Los directivos de las empresas querrán y necesitarán ponerse a la cabeza del avance hacia la sostenibilidad, e invitamos a los dirigentes políticos y de la sociedad civil a sumarse a ellos en este viaje emocionante y lleno de desafíos".

Estos cambios radicales, son un enorme desafío para los directivos y ejecutivos de hoy, los que deberán ir incorporando nuevas habilidades a las que ya poseen, para ser capaces de ejecutar estos cambios en las organizaciones que dirigen. El mensaje de los CEOs de las empresas más importantes del mundo, miembros del WBCSD, es claro y conmina a sus equipos, y a los de todo el mundo empresarial, así como al mundo público, a hacerse cargo de estas nuevas responsabilidades, por sobre todo lo que ya hacen, para poder canalizar sus esfuerzos hacia la sustentabilidad de sus empresas y la sociedad.

Su Visión 2050 plantea una dura transición desde "hacer las cosas como siempre se han hecho" hacia la sustentabilidad, pues las empresas líderes serán aquellas que, a través de su negocio, ayuden a la sociedad a gestionar los grandes retos globales. Aquellas que culminen la transformación de sus valores corporativos internos, y superen la reestructuración del mercado externo. Proponen una transformación que muchas otras empresas no serán capaces de sobrevivir, y donde se enfrentará la competencia de una multitud de empresas nuevas, que ya vendrán con una nueva mentalidad, modelos de negocios, sistemas de gestión y producción, y productos, especialmente diseñados para ese nuevo mundo.

Según esto, las empresas que sobrevivan serán más flexibles, más proclives a crear alianzas con distintos socios y clientes, y más aptas para responder a los rápidos cambios, en todos los frentes. En sus operaciones, habrán ya desarrollado una cultura de ahorro energético y de materiales. Habrán descubierto y aplicado un enfoque que permita no sólo reducir la contaminación, sino que también hacerlas más competitivas y colaboradoras. Como generadoras de empleo, habrán ayudado a desarrollar una sociedad más creativa, más capacitada para gestionar el reto de crear empleo estable y con una mayor productividad. Estas empresas ya habrán desarrollado sistemas de formación y capacitación para poder contar con el talento suficiente para implantar los cambios necesarios. Asimismo, las personas habrán aprendido también a ser más flexibles y a buscar las mejores alternativas de empleo que se ajusten a los perfiles de sustentabilidad que ellos ya profesan.

Para lograr lo anterior, habrá que aprender a gestionar el cambio cultural que se necesita al interior de la organización, también habrá que lograr una alineación plena de intereses entre directivos y accionistas, y con la sociedad moderna, las estructuras de incentivos y compensaciones deberán ser coherentes con esto, y los estilos de liderazgo y las actitudes deberán cambiar. Asimismo, los nuevos ejecutivos y profesionales que se incorporen a las empresas en proceso de cambio, deberán llegar con un estado mental, distinto, formado desde sus orígenes para abordar estos desafíos actuales y del futuro.

Las universidades e institutos profesionales en todo el mundo, deberán enfrentar también este desafío con una oferta acorde, pues deberán generar

aceleradamente el conocimiento y la opinión adecuada para incorporarla a sus procesos docentes, investigativos y de difusión y extensión, tanto a nivel de pre como de post grado, con el fin de abordar estas temáticas con certeza y rigor, y hacer proposiciones pertinentes al mundo público y privado que sirvan para caminar por esta ruta a la sustentabilidad. Deberán preparar a los líderes y dotarlos de estas herramientas, para que las ejecuten en el futuro. Aquellas instituciones educacionales que así lo hagan, cumplirán atingentemente su misión, marcarán la pauta y podrán aprovechar la demanda de nuevos conocimientos e información que se presenten. Esto les permitirá, no sólo contribuir a dar respuesta a estas preocupaciones, parte de sus responsabilidades, sino también a acoger las inquietudes del alumno de hoy, que desea contar con las herramientas para también contribuir a abordar estos desafíos y dar forma a un mundo capaz de responder a las nuevas necesidades de las generaciones actuales y por venir, lo cual será su propia responsabilidad como futuros profesionales, ejecutivos, directivos, empresarios, servidores públicos o políticos. Si las universidades son capaces de hacer aquello, también asegurarán su sustentabilidad, de lo contrario perderán la batalla de la competencia o, peor aún deberán enfrentar reformas que las harán irrelevantes o sacarán de esa industria.

Conclusiones

En el camino a la sustentabilidad, las empresas de hoy, deben cambiar radicalmente su manera de hacer las cosas. Son sus gobiernos corporativos los llamados a implementar estos cambios a las estrategias y modelos de negocios, a las estructuras y culturas organizacionales, a los procesos productivos y la cadena de valor, a la gestión con los stakeholders. Sino, la competencia, los clientes, las comunidades y las nuevas regulaciones, intentarán forzarlos a hacerlo de maneras que no necesariamente resultarán ser las más eficientes, con, probablemente, dolorosas consecuencias, no sólo para ellos sino para toda la sociedad.

Asimismo, las universidades e instituciones de educación que forman a los futuros ejecutivos y empresarios, profesionales y técnicos, deberán acomodar sus líneas de investigación, docencia y extensión, para dotar a los alumnos de las herramientas que estos desafíos requieren para que puedan ser exitosos una vez graduados, así como generar información y opinión relevantes para contribuir a impulsar las transformaciones que son necesarias en la cultura de la sustentabilidad. De otra manera perderán su vigencia y desaparecerán.

Las consecuencias de no enfrentar estos cambios con la energía y la oportunidad necesarias, de alguna manera, ya se han comenzado a manifestar en nuestro país, con los rcurrentes conflictos que observamos entre empresas, comunidades, clientes y trabajadores, gobiernos, ciudadanos y estudiantes, cuyos efectos sobre las posibilidades de desarrollo serán experimentados por las futuras

generaciones, aquellas a las cuales la sustentabilidad está precisamente llamada a servir, y quienes nos pedirán las explicaciones del caso más temprano que tarde.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bowen, Howard R. 1953, "Social Responsibilities of the Businessman", University of Iowa Faculty Connections

Carroll, A. B. 1979, "A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Social Performance", *Academy of Management Review* 4, pp. 497–505.

Carroll, A. B. 1999, Corporate social responsibility. Evolution of a definitional construct, Business & Society, Vol. 38 (3), pp. 268–95.

Coase, Ronald H. 1960, "The Problem of Social Cost", *J. Law & Economics*, 1960; 3(1) pp. 1-44.

Davis, Keith. 1960, "Can Business Afford to Ignore Social Responsibilities?" *California Management Review* 2, pp. 70–76.

Drucker, P. 1982, "The New Meaning of Corporate Social Responsibility", *California Management Review* 26, pp. 53–63.

Epstein M. J. 2008, Making sustainability work: Best practices in managing and measurinmg corporate social, environmental and economic impacts", Greenleaf Publishing Ltd, UK.

Friedman, M. 1970, "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", The New York Times, Sept. 13, 1970.

Googins, B. 2003, Conferencia dictada en Córdoba, Argentina

Heal, Geoffrey. 2005, "Corporate Social Responsibility: An Economic and Financial Framework", *The Geneva Papers*, 2005.

Geoffrey P. Lantos. 2001, "The Boundaries of Strategic Corporate Social Responsibility", Working document, Stonehill College

Porter M.E. y Kramer M.R. 2007, "La ventaja competitiva de la filantropía corporativa", *Edición extraordinaria HBR*, p. 4, Sept. 2007.

Porter M.E. y Kramer M.R. 2007, "Estrategia y sociedad: el vínculo entre ventaja competitiva y responsabilidad social", *Edición extraordinaria HBR*, p. 57, Sept. 2007.

Portney, P. y Buchanan B. 2003, en Fall Council Meeting, Corporate Social Responsibility, Resources for the Future and Stern School of Business, NYU.

Reinhardt, Stavins y Vietor, 2008, RFF DP 08-12.

Watts, P. y Holme R. 1999, "Meeting Changing Expectations. Corporate Social Responsibility" (WBCSD, Geneva).

WBCSD 2010, Visión 2050: Una nueva agenda para los negocios (www.wbcsd.org).

Wheeler, David, Fabig, Heike y Boele, Richard. 2002 "Paradoxes and Dilemmas for Stakeholder Responsive Firms in the Extractive Sector: Lessons from the Case of Shell and the Ogoni", *Journal of Business Ethics*, 39: pp. 297–318, 2002.

MALESTAR EN NUESTRO "OIKOS" (CASA): EL DESAFÍO ECOLÓGICO Y LA FE EN LA CREACIÓN ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES

Fredy Parra Carrasco[1]

1. Crisis de espacialidad y malestar ecológico[2]

El ser humano no sólo vive de tiempo, sino también de espacio. Experimenta una radical necesidad de espacio para vivir, crecer, respirar, contemplar, celebrar y hacer fiesta. De ahí la importancia del "estar" bien en un determinado espacio vital.

Con los innegables aportes de redescubrimiento moderno del sentido del tiempo, y sin llegar a suscribir una especie de espacialización del tiempo sugerida por pensadores postmodernos, tenemos que reconocer que tal vez hemos perdido el sentido del espacio. No hay "tiempo" para el espacio, para convivir adecuadamente con la ciudad, con la casa familiar y con la casa (*oikos*) común, con el medio ambiente. Resurge en la actualidad un sano interés por recuperar el espacio, la posibilidad del reposo, lo cotidiano.

Se hace necesario equilibrar el concepto cuantitativo del tiempo (*chronos*) con una visión más cualitativa del mismo (*kairos*). Se trata de evitar, de algún modo, que *chronos* siga devorando a sus hijos, asumiendo una visión más cualitativa del tiempo que nos permita una convivencia más pacífica con el espacio.

En verdad, el hombre/mujer es un ser de espacio, un ser que habita. El ser humano vive y convive en la ciudad y en la naturaleza, tiene casa. Como bien ha subrayado E. Levinas, el yo "encuentra en el mundo un lugar y una casa. Habitar es el modo mismo de sostenerse"[3]. Pero su dinámica no es el enclaustramiento ni el cerrarse sobre sí mismo. "El papel privilegiado de una casa no consiste en ser el fin de la actividad humana, sino en ser condición, en este sentido, el comienzo. El recogimiento necesario para que la naturaleza pueda ser representada y trabajada, para que se perfile sólo como mundo, se realiza como casa. El hombre está en el mundo como habiendo venido desde un dominio privado, desde un 'en lo de sí', al que puede retirarse en todo momento. No viene a él desde un espacio intersideral donde ya se poseería y a partir del cual debería en todo momento recomenzar un peligroso aterrizaje. Pero

---

1 Doctor en Teología y Decano de la Facultad de Teología de la P. Universidad Católica de Chile.

2 Este capítulo lo he publicado en F. PARRA, *Esperanza en la historia. Idea cristiana del tiempo*, Ed. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2011, pp. 77-85.

3 E. LEVINAS, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1987, p. 61.

no se encuentra aquí brutalmente arrojado y desamparado. Simultáneamente fuera y dentro, él va hacia fuera desde la intimidad"[4]. Y es, precisamente, nuestra experiencia de la casa (*oikos*), de la ciudad (polis) insertas, a su vez, en el ambiente natural (eco (*oikos*)-sistema), lo que hoy produce profundo mal-estar.

En efecto, hoy, en todo el mundo y en nuestro propio país, crece la conciencia en torno a la crisis ecológica. Ya no es posible desconocer que vivimos una relación problemática con el medioambiente: contaminación atmosférica y destrucción de la capa de ozono, contaminación de las aguas; empobrecimiento del campo y explotación abusiva del subsuelo; peligros provenientes de residuos de todo tipo, incluidos los radioactivos; envenenamiento de los alimentos; derroche de energía y materias primas, etc. En suma, tenemos serios problemas en nuestra relación con los principales componentes del ecosistema: aire y gases (atmósfera), suelo (litósfera), aguas (hidrósfera), los que interactúan constantemente con la vida existente en la tierra (biósfera). Al mismo tiempo, es débil la preocupación por restablecer el equilibrio destruido. Este deterioro del medio ambiente, que es cada día más grave y más amplio, extermina la fauna y la flora, pone en peligro la salud corporal y mental de hombres y mujeres, y atenta contra la existencia de generaciones futuras.

Gracias a esta crisis estamos descubriendo que nuestra relación con la naturaleza también está bajo valores éticos. Además de las dimensiones político-económicas y tecnológicas involucradas en la crisis ecológica, hay, en el fondo, una actitud irresponsable del ser humano que acaba dañando la vida personal y social. El hombre y la naturaleza se hallan referidos el uno al otro. La naturaleza se trasciende en el mismo hombre que la contempla y celebra. El hombre no puede vivir ni convivir sin la naturaleza. Al dañar su casa natural, el ser humano se va destruyendo a sí mismo. La crisis ecológica actual plantea un desafío ético de primera envergadura.

En efecto, cada vez es más evidente la estrecha relación existente entre protección de la naturaleza y promoción de una vida mejor. En efecto, el derecho a la calidad de vida es como la raíz desde donde brotan los derechos económicos, sociales y políticos del ser humano. El derecho a alimentarse bien, al trabajo, a habitar en viviendas adecuadas, a vivir en ambientes sanos y limpios, a contemplar y festejar el mundo recibido, son partes esenciales del derecho fundamental a una vida buena para todos.

En este contexto, una auténtica actitud ecológica supone un cambio que tendrá que traducirse en nuevos conceptos y prácticas en el nivel de la producción material, en el nivel social-político y, sobre todo, en el ámbito de los valores fundamentales ante el entorno cósmico y, en consecuencia, en la visión predominante de la naturaleza. Es urgente superar la visión tecnocrática del cosmos: la naturaleza no es un mero instrumento que el hombre tiene en sus manos para satisfacer sus ilimitadas -y muchas veces exclusivamente suntuarias- necesidades.

4 Ibíd., p. 170.

Es preciso avanzar hacia una ecología humana integral que coloque la vida -*especialmente la vida humana de todos*- como criterio y medida de todas las cosas. Sólo así se podrá llegar a un auténtico equilibrio del medio ambiente conjugado con el debido respeto a la vida humana inseparable de su entorno natural y de su vital relación con todo el mundo creado. Además, una actitud ecológica que no sepa integrar como criterios orientadores la calidad de vida auténticamente humana y la justicia social, puede quedar atrapada en lógicas de la ideología dominante o en modas ambientalistas. Aprender, personal y colectivamente, a rescatar *vidas humanas* dañadas por el hambre y el frío, por la enfermedad y la contaminación, por la falta de aire limpio y por condiciones laborales que afectan la salud mental, es uno de los desafíos importantes en la actualidad.

La humanidad tiene que ser capaz de proteger y conservar el medio ambiente proyectando su preocupación hacia el futuro. Al parecer estamos ante una nueva forma de comprender los Derechos Humanos: su proyección hacia el futuro. En este sentido, la sociedad está reconociendo la necesidad de trabajar por un desarrollo sustentable, esto es, un desarrollo social y económico que respeta los procesos vitales al usar los recursos naturales y protege, a la vez, el bienestar de las generaciones presentes y futuras. Es preciso destacar y complementar esta valiosa propuesta.

La ética puede, al menos, inspirar caminos de solución. La razón moderna instrumental es eficientista y no siempre asume una perspectiva finalística. Por lo mismo, separa racionalidad y ética. Sin la superación de esta racionalidad, es decir, sin la subordinación de los procesos de producción y consumo a la ética, a la Vida Buena, no existe verdadera solución para la crisis ecológica. Nuestra felicidad pasa también por un reencuentro con nuestro ambiente natural y artificial. Hoy no es posible ignorar que la ecología está exigiendo una revisión radical de nuestros presupuestos intelectuales y de nuestra moral. Es indudable que los problemas planetarios que se plantean de forma tan apremiante constituyen uno de los acontecimientos más importantes del final del siglo XX.

Según el analista francés M. Lacroix, "la aparición de los temas planetarios supone, en primer lugar, una reestructuración del campo del saber. Tanto en economía como en demografía, en ecología o en las geo-ciencias, aprendemos a razonar a escala del globo terráqueo; nos esforzamos por 'pensar globalmente'. Por encima de las diferencias nacionales o regionales, se impone a nuestra inteligencia una compleja realidad: la humanidad, una y solidaria, instalada en un mundo cuya finitud ya conocemos. El axioma quizá menos controvertido del pensamiento moderno enuncia que las distintas partes del mundo están ligadas por una radical interdependencia. Del mismo modo, la principal característica de la "crisis", cuya evidencia nos afecta más cada día, es su carácter mundial. En cuanto al cambio histórico para el que nos estamos preparando, sabemos que

no va a afectar a la historia local, sino a la civilización humana en su conjunto"[5]. "Para poder reflexionar sobre el mundo en su globalidad y complejidad, con el fin de hacer inteligible la 'problemática mundial', tenemos que derribar las barreras académicas y situarnos en la encrucijada de las distintas ciencias, porque está comenzando una grandiosa aventura del espíritu interdisciplinar"[6].

Ya E. F. Schumacher había sostenido que la necesidad de un radical cambio humano, en relación con la naturaleza no sólo es una exigencia ética, religiosa y psicológica, sino que es una condición indispensable para la sobrevivencia de la especie humana[7]. Algo semejante afirma M. Lacroix: "Los temas planetarios desestabilizan con no menor profundidad el ámbito ético. Para hacer frente a los problemas de dimensión mundial, es urgente que revisemos nuestras actitudes, nuestros comportamientos y nuestras normas morales. Los problemas planetarios son el epicentro de un profundo cambio de valores. En este sentido, no sería exagerado hablar de una 'planetarización de la ética'"[8]. Junto con reconocer "derechos de la naturaleza" íntimamente ligados a los derechos humanos, se plantean nuevos deberes: asegurar la supervivencia de la humanidad, superar la miseria que impide la vida de las grandes mayorías, proteger la naturaleza, garantizar la habitabilidad del globo, administrar con previsión el planeta y asumir nuestra *responsabilidad* hacia las generaciones futuras[9]. La ética experimenta de ese modo una extraordinaria ampliación de sus preocupaciones. Lo anterior implica la integración de nuevos temas prioritarios tanto en la ética como en la ciencia política. De la problemática del hombre-en-sociedad se pasa paulatinamente a la problemática del hombre-en-la-naturaleza, sin necesidad de negar, obviamente, la importancia de la sociabilidad y su positividad histórica. Se llega incluso a plantear la necesidad de una especie de "contrato" con la naturaleza. Y en todo esto la ciencia es imprescindible para buscar soluciones racionales y responsables a la crisis planteada, superando los paradigmas cientificistas y productivistas.

Es lo que ha reiterado recientemente Stéphane Hessel en el manifiesto ¡*Indígnate*!, que comienza a recorrer el mundo: "el pensamiento productivista, auspiciado por Occidente, ha arrastrado al mundo a una crisis de la que hay que salir a través de una ruptura radical con la escapada hacia adelante del 'siempre más', en el dominio financiero pero también en el de las ciencias y las técnicas. Ya es hora de que la preocupación por la ética, por la justicia, por el equilibrio duradero prevalezcan.

5 M. LACROIX, *L' Humanicide. Pour une morale planétaire*, Librairie Plon, Paris 1994; tr. esp.: *El humanicidio. Ensayo de una moral planetaria*, Ed. Sal Terrae, Santander, 1995, p. 8.

6 Ibid, pp. 8-9.

7 E. F. SCHUMACHER, *Small is beatiful*. A Study of Economics as if People Mattered, Harper and Row, New York, 1975.

8 M. LACROIX, o. c., p. 9.

9 H. JONAS, *El principio de responsabilidad*, Ed. Herder, Barcelona, 1995.

Puesto que los más graves riesgos nos amenazan, (riesgos que pueden poner fin) a la aventura humana en un planeta que podría volverse inhabitable para el hombre"[10].

No podemos olvidar que el valor concedido por la filosofía moderna a la conciencia histórica, a la subjetividad y a la razón, y posteriormente la prioridad otorgada a la *praxis*, especialmente política, hicieron que la teología -en su necesario diálogo con la modernidad- desarrollase sobre todo una atención a la historia con sus diversas consecuencias. Con todo, se ha descuidado a la vez y notoriamente una teología del cosmos, de la naturaleza y del medio ambiente. Por otro lado, cuanto más la teología cristiana insistía en la trascendencia de Dios y en su distancia del mundo concreto y material, tanto más -sin desearlo por supuesto- la creación se entendía como un mero objeto de manipulación y explotación. Como ha dicho A. Gesché recientemente, "lamentamos un mundo sin Dios. ¿No será porque hemos pensado demasiado a Dios sin el mundo?"[11].

2. Fe en la creación[12]

El mundo es creatura y depende en consecuencia, y de un modo permanente, de la acción creadora y salvífica de Dios. ¿Qué entendemos por creación desde la perspectiva y fe cristianas?

2.1. ¿Qué significa creación?

El mundo y la historia forman parte de la creación de Dios. La historia es "creatura", espacio y tiempo en su conjunto son creación de Dios.

El término "creación" se distingue de una visión filosófica de los inicios. En efecto, la filosofía tiende a interpretar lo que existe y, por ello, normalmente no especula sobre lo que no es ni sobre lo que aún no es. Por este motivo, los inicios quedarían fuera de su alcance metodológico. Desde tiempos muy lejanos, los cielos, los astros y las estrellas fueron considerados como entidades divinas, y, en consecuencia como entes eternos e incorruptibles; en suma, se consideraban como entes increados. De hecho, los primeros filósofos intentaron hacer inteligible este mundo descifrando los límites internos del movimiento y espacio cósmicos. Pretendían inquirir los principios del universo, principios por los cuales surgían las cosas y por los cuales se transformaban las mismas. Es decir, estos primeros artesanos del pensar filosófico se plantearon la pregunta por los principios de generación y corrupción. Se preguntaron, en suma, por la arjé (principio). Luego de la contemplación y el asombro, estos filósofos llegaron

10 STÉPHANE HESSEL, ¡*Indígnate*! Ed. Destino, Barcelona, 2011, pp. 45-46.

11 A. GESCHÉ, *Dios para pensar II. Dios. El Cosmos*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1997, p. 184.

12 Este capítulo reproduce los párrafos que ya he publicado en F. PARRA, *Esperanza en la historia. Idea cristiana del tiempo…*, pp. 153-163.

a comprender "que detrás del cambio y de la alteración tiene que existir algo, que justamente es lo que cambia y se altera; algo que va, por decirlo así, entregando diversas versiones de su ser. Así, a las innumerables versiones y figuras por las que se muestra el Universo podemos llamarlas "apariencias", modos de aparecer y de hacerse visible de la sustancia de este mundo…"[13].

Y a ese algo que sostiene de alguna manera "las infinitas apariciones y desapariciones del Universo, a eso uno y lo mismo que no se muestra a sí, pero que provoca el portentoso despliegue y repliegue de las cosas, a eso lo llamaron 'arjé', esto es, principio"[14]. Ciertamente, no se comprende 'arjé' en un sentido temporal, sino que quiere decir 'cimiento', 'fundamento', fuente verdadera de lo que acontece en el espacio y el tiempo. En los comienzos algunos pensaron que ese principio o fundamento debía estar en algún elemento decisivo de la naturaleza. Por ejemplo, Tales, el pensador de Mileto, pensó que ese principio era el agua primordial; Anaxímenes, por su parte, pensaba que podía ser el aire, por su presencia vivificante en todos los seres. Pronto se descartaron estas especulaciones por las serias dificultades que implicaba explicar la pluralidad y diversidad que surgían de estos únicos principios. Finalmente, el pensamiento griego fue derivando hacia la concepción de dos principios internos a cada cosa existente en el Universo: un principio pasivo y uno activo, uno sensible y el otro inteligible, en una palabra, materia y forma. Fue Aristóteles quien formuló definitivamente los conceptos de materia y forma. Y este mismo pensador indagará las estructuras de los principios (arjé), de generación y corrupción, del aparecer y desaparecer de las cosas, de sus inicios y sus transformaciones, de los movimientos y cambios, que, en definitiva, hacen posible la estabilidad eterna del Universo. Sabemos que la realidad que conciben los griegos es naturalmente cíclica, un todo armónico, bello, magistralmente organizado. En suma, es un cosmos eterno. Y aquí no cabe hablar de una voluntad creadora propiamente tal, no cabe una visión del Universo que tiene un origen y un fin en el tiempo, o mejor, con el tiempo. Es verdad que Platón, en una obra de madurez como el Timeo se aproxima a un concepto de "creación". Pero en este caso se trata más bien de una "producción" donde la materia con la que se plasma el mundo tiene un carácter eterno al igual que las Ideas que sirven de modelo a esa producción. La visión aristotélica afirma la idea de un Universo que se mueve en círculos regulares, eternamente cíclico. En ningún caso, tiene cabida hablar de un acto creador inicial y libre.

El término "creación" se distingue igualmente de una visión científica de los inicios. De un modo general, y hasta donde un no científico puede simplemente opinar, parece posible afirmar que el método científico se sitúa más en un plano fenomenológico y no tanto ontológico. Es decir, pretende ocuparse de la realidad

13 H. GIANNINI, *Tiempo y espacio en Aristóteles y Kant*, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1982, p. 18. Cf., Id. *Breve Historia de la Filosofía*, Ed. Catalonia, Santiago, 2005, pp. 17-31.

14 H. GIANNINI, *Tiempo y espacio en Aristóteles y Kant*…, p. 18.

del mundo tal como aparece, en toda su complejidad, diversidad, movimiento y evolución. En este sentido, tal método procura establecer y describir las estructuras internas del ser, de los seres y cosas reales, preguntándose por el origen específico de tal o cual realidad. Pero, no se trata, en el legítimo método científico, sólo de describir las características de algo, sino sobre todo, las diferencias entre algo y algo distinto de lo primero[15] o anterior. Se trata, en suma, de comprender el fenómeno del Universo y de la vida, desde sí mismo, desde su radical inmanencia. Como lo acontecido ya está definido, hay confianza en la comunidad científica en que es posible explicar el pasado primordial y aproximarse a una descripción de los inicios. Se nos ha dicho que "sobre la evolución del Universo como un todo existe una explicación satisfactoria que cubre desde el primer segundo hasta la época actual. Incluso acerca de lo que aconteció durante ese primer segundo hay consensos importantes, salvo el primer instante, en que las condiciones extremas de densidad y temperatura exigirían una teoría cuántica de la gravedad, aún por construir"[16]. La observación científica normalmente parte de un principio detectado y va hacia su desarrollo y despliegue maravilloso.

Pero tampoco aquí tiene cabida, aunque no se niega necesariamente, un acto creador susceptible de ser observado, medido y explicado. Convencidos de que entre los extraordinarios y siempre abiertos resultados de la investigación científica y las proposiciones auténticas que surgen de la experiencia de fe, no puede haber contradicción alguna, es dable de todos modos subrayar la diferencia entre ambas aproximaciones. En efecto, "aunque la investigación científica nos retrotraiga hasta un primer origen del mundo, el espíritu humano extiende su pregunta hasta aquello que ha puesto este primer origen y ha puesto en marcha su desarrollo"[17].

Lo específico de la fe judeocristiana en la creación se encuentra ya señalado desde el primer versículo de la Biblia: "Al principio creó Dios el cielo y la tierra", se dice en el primer relato de la creación (Gn 1, 1- 2,4a). En este caso, Dios es arjé, el fundamentum de la creación. Más tarde, el Concilio de Nicea, en el año 325 formulaba en su símbolo de fe "Creemos en un solo Dios Padre omnipotente, creador de todas las cosas, de las visibles y de las invisibles…". El Concilio Lateranense IV, en 1215, definirá explícitamente que "desde el principio del tiempo creó de la nada…", lo que será reafirmado por el Concilio Vaticano I (1870), recogiendo los mismos términos. La teología posterior desarrolló básicamente estas mismas nociones del IV Concilio del Letrán.

Para un pensador cristiano como Santo Tomás de Aquino, que recoge críticamente las contribuciones de Aristóteles, la creación de todo cuanto hay en

15 Cf., J. RATZINGER, Creación - Gracia - Mundo. La fe en la creación y la teoría de la evolución, en *Palabra en la Iglesia*, Ed. Sígueme, 1976, p. 121.

16 F. CLARO, La ciencia y el fin de los tiempos, *Teología y Vida*, Vol. XLI (2000), p. 59.

17 O. SEMMELROTH, *El mundo como creación*, Ed. Fax, Madrid, 1965, p. 47.

el Universo, incluida la materia primordial, debe atribuirse a Dios[18]. "Todo lo que existe recibe necesariamente su ser de Dios"[19], afirma Santo Tomás. En este sentido, "la fe en la creación se refiere a la diferencia entre algo y nada"[20], y no sólo a la diferencia entre algo y algo distinto de lo primero. La fe en la creación se pregunta por lo que existía "antes" del inicio del mundo y pretende descubrir y proponer el fundamento de aquella realidad originaria. ¿Por qué hay mundo, por qué existen los seres?, preguntas que implican una más de fondo, esto es, por el paso del no ser al ser. "Creación", en suma, no es transformación de un material preexistente, "sino un traer al ser algo que en manera alguna existía"[21]. Se excluye así cualquier forma de ser "fuera" de Dios mismo. Ni siquiera podríamos decir que existe un "fuera" de Dios por cuanto Dios en el mismo "instante" que crea el mundo crea igualmente un fuera distinto de él. Asimismo tampoco es posible hablar con propiedad de un "antes", pues las dimensiones temporales, "antes", "ahora", "después", surgen con el mismo mundo. Como ha dicho San Agustín, Dios ha creado el mundo "juntamente con el tiempo y no sólo en el tiempo"[22].

Dios crea lo distinto de sí, libre y amorosamente, pero no lo crea desde sí, puesto que en tal caso el mundo creado sería parte suya, lo que permitiría postular una suerte de identidad entre la esencia divina y la creación, es decir, un panteísmo. En tal caso no sería posible hablar de relación, porque tampoco habría diferencia. Dentro de una radical dependencia del Creador, el mundo como realidad finita libremente querida y amada por Dios, es algo diverso, es otra cosa que Dios. Es más, sólo si Dios crea así, es decir, en libertad, y dando libertad y autonomía a lo creado, será posible hablar de historia mundana como algo distinto de la eterna realidad divina. En suma, el mundo creado es temporal, lo que funda una historia mundana y también de salvación que tiende a la consumación escatológica; y el acto divino que lo crea es libre, don del amor divino. Desde entonces, el amor y la libertad constituyen la textura fundamental de la realidad.

Contra todo dualismo, el mundo y los seres creados son en sí mismos buenos: "Vio Dios cuanto había hecho y todo estaba muy bien" (Gn 1, 31). Pero esta bondad original no implica necesariamente perfección, ya que el cosmos creado sigue siendo creatura, separado y diverso de Dios, en consecuencia, imperfecto y sometido a los procesos intrínsecos de su desarrollo y evolución, lo que implica una dinámica de muerte y vida incesante. Al respecto, el Catecismo de la Iglesia Católica explica muy bien que "en su poder infinito, Dios podría crear algo mejor (cf. S. Tomás de Aquino, S. Th. I, 25, 6). Sin embargo, en su sabiduría y bondad infinitas, Dios

18 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 44, a.2.
19 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Compendio de Teología*, Ed. Rialp, Madrid, 1980, Cap. 68, 116, p. 99.
20 J. RATZINGER, o. c., p. 121.
21 O. SEMMELROTH, o. c., p. 49.
22 SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, XI, 6.

quiso libremente crear un mundo 'en estado de vía' hacia su perfección última. Este devenir trae consigo en el designio de Dios, junto con lo más perfecto lo menos perfecto; junto con las construcciones de la naturaleza también las destrucciones. Por tanto, con el bien físico existe también el mal físico, mientras la creación no haya alcanzado su perfección (cf. S. Tomás de Aquino, S. Gent. 3,71)"[23]. En suma, el mundo creado es temporal y limitado. Esas mismas condiciones, características de su creaturidad y finitud, son las que hacen posible una historia mundana y también de salvación que tiende a la consumación escatológica.

Ahora bien, la diferencia radical entre Dios y el mundo creado no implica una radical lejanía de Dios. Dios igualmente está presente en la creación y en las creaturas. En términos zubirianos, Dios es la realidad absolutamente absoluta que está formalmente en las cosas reales constituyendo su realidad. En el fondo, Dios está presente como *realidad-fundamento, como posibilidad de las posibilidades*[24]. "La presencia de Dios en el mundo no es ni lejanía ni identidad. No es lejanía: Dios no es el 'otro' mundo. Dios no es extramundano, sino que es absolutamente intramundano. Pero tampoco es identidad: Dios no es el mundo, pero es otro que el mundo en que está, porque su alteridad es justo el fundamento formal de la respectividad de lo real en cuanto real, esto es, el fundamento del mundo"[25]. Dios es "transcendente 'en' el mundo"[26].

Finalmente, es preciso subrayar, de acuerdo a la tradición de fe, que el acto creador *perdura*. Por lo mismo Dios *conserva* de algún modo lo creado. Dios no sólo ha creado en el principio, no sólo da el impulso inicial, sino que también atrae a la creación hacia sí, la mueve hacia un ser más suscitando en ella una capacidad de autotranscendencia. El mundo está en evolución dinámica y en él el poder creador de Dios se hace presente sin ignorar ni dejar de lado las fuerzas evolutivas propias de lo creado. "Por la propia naturaleza de la creación, todas las cosas están dotadas de consistencia, verdad y bondad propias y de un propio orden regulado que el hombre deber respetar…" nos ha enseñado el Concilio Vaticano II (GS, 36). Dios opera desde dentro de la creación potenciándola. "Creer en la creación equivale a comprender el mundo, que la ciencia nos ha mostrado en devenir, en la fe como lleno de sentido, proveniente de un sentido creador"[27]. El mundo es un campo abierto. El teólogo A. Gesché ha señalado con razón que "Dios ha creado un devenir creador… ha creado un proceso, virtualidades, no cosas u objetos…Dios ha hecho lo que permite que exista esta creación, este cosmos que observamos dinámico e inventivo. Dios es entonces verdaderamente Creador, verdadero Creador, es decir, creador de

23 CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, nº 310.
24 X. ZUBIRI, *El Hombre y Dios*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 153 y 165ss.
25 X. ZUBIRI, *El Hombre y Dios*…, pp. 176-177.
26 Ibíd. P. 177.
27 J. RATZINGER, o. c., p. 127.

creación (sentido activo), creador no tanto de cosas creadas, cuanto de la creación"[28]. Creemos en un Dios creador, en el cual "vivimos, nos movemos y existimos" (Hch, 17, 28), y habitamos un mundo, que creemos "fundado y conservado por el amor del Creador" (Conc. Vaticano II, GS, 2). La revelación nos muestra que Dios escucha el clamor de su pueblo y viene en su auxilio (Ex 3, 7-17). Es más, en medio del sufrimiento Dios está presente junto a su creatura: "Me llamará y le responderé, estaré a su lado en la desgracia" (Salmo 91, 15). Dios puede com-padecer en medio de la aflicción y el sufrimiento. En efecto, "el hombre tiene un valor tan grande para Dios que se hizo hombre para poder compadecer Él mismo con el hombre, de modo muy real, en carne y sangre, como nos manifiesta el relato de la Pasión de Jesús. Por eso, en cada pena humana ha entrado uno que comparte el sufrir y el padecer, de ahí se difunde en cada sufrimiento *la con-solatio*, el consuelo del amor participado de Dios y así aparece la estrella de la esperanza", reflexiona Benedicto XVI en *Spe Salvi*[29]. Dios escucha, anima, y, a la vez, hace suyo el dolor del hombre. Por lo mismo, se muestra como salvador de todo mal y acompaña al hombre fortaleciendo su ser y prometiéndole la superación definitiva de los males. Finalmente, Dios hará posible una nueva creación, su morada definitiva con los hombres, lo que implicará la abolición de todo sufrimiento y muerte (Apoc 21, 3-4).

Entretanto, el Creador benévolo y fiel, Dios Padre, nos invita a confiar en su presencia compasiva (Mt 6, 33ss) y a recibir su gracia para enfrentar las dificultades de nuestra condición humana. La gracia es dada y siempre confirmada por el Espíritu Santo creador, energía de Dios que se comunica y que nos permite reconocer a Dios como Padre, pertenecer a Jesucristo y vivir la salvación en la esperanza de la plenitud por venir sin apartarnos del amor inquebrantable de Dios (Rom 8). No olvidemos que la tradición bíblica atribuye al Espíritu el inicio y renovación de todas las cosas. El Espíritu hace posible la presencia de Jesús entre nosotros, lo resucita de entre los muertos fundamentando la esperanza de la vida nueva e inaugura el tiempo de la Iglesia. El Espíritu, "origen de todos los comienzos"[30] es precisamente el mismo que nos da fuerza y consuelo, que promueve el amor y la misericordia despertando la solidaridad como respuesta válida y razonable ante las desgracias y catástrofes que se pueden llegar a experimentar en la historia del mundo.

2.2. Historia, creación y novedad

Aunque puede parecer una obviedad es necesario continuar este esbozo señalando que la fe judeocristiana comprende la realidad del mundo precisamente como "historia"[31]. Contrastando con diversas culturas y religiones, la conciencia

28 A. GESCHÉ, *Dios para pensar II, Dios-El Cosmos*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1997, pp. 207-208.

29 BENEDICTO XVI, *Spe Salvi*, 39.

30 CH. DUQUOC, *Dios diferente*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1982, p. 86.

31 N. BERDIAEV, *Essai de Métaphysique Eschatologique*, Aubier, Paris, 1946, pp. 223-230; id., *El sentido de la historia*, Ed. Encuentro, Madrid, 1979; J. MOLTMANN, *Teología de la esperanza*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1977; W. PANNENBERG, *Una historia de la filosofía desde la idea de Dios*, Ed. Sígueme, Salamanca, 2001, pp. 138-142; G. SCHOLEM, *Le messianisme juif. Essais sur la spiritualité du judaïsme*, Calmann-Lévy, Paris, 1974; X. ZUBIRI, *Sobre el problema de la filosofía y otros escritos (1932-1944)*, Ed. Alianza, Madrid, 2002, pp. 42-57.

judeocristiana entiende la historia -el tiempo asumido y vivido por la libertad[32]- desde la perspectiva de la historia de salvación que a su vez se fundamenta en el Dios, Creador y Salvador-Consumador, Dios de la Promesa y de la Vida, que se ha revelado y se revela en la historia de la humanidad ofreciendo siempre un futuro de mayor alegría y plenitud a hombres y mujeres de este mundo. Por lo mismo, la historia tiene un origen y un término, una meta consumadora que da sentido al devenir temporal. El Dios Creador y Consumador[33] promete y, con ello, propone, caminos desde el presente histórico hacia el futuro nuevo que ofrece la misma promesa[34]. De ese modo se crea la tendencia hacia una historia futura que no es retorno a lo mismo, sino apertura a lo nuevo. Sea que se trata de la promesa de la tierra, del reino, o del nuevo cielo y nueva tierra, o, de la resurrección de los muertos, o de la parusía que está por-venir, siempre hay la oferta de algo nuevo, de un horizonte, que dinamiza y orienta la historia y, a la vez, permite que en ésta se perciba sentido y movimiento. Se entiende que un movimiento sin fin, sin plazo, sin término planificador, acaba en una circularidad, o un modelo de constante pérdida y de retorno de lo siempre igual, donde nada llega a ninguna parte o todo queda inconcluso. Sin un término, una meta que ofrece sentido y novedad, la historia se encorva y acaba por cerrarse sobre sí misma perdiendo su dinamismo histórico[35].

Ya la idea de creación establece la base de un novedoso paradigma: Dios ha creado libremente y por amor a este mundo y lo ha creado en orden a una historia de salvación, ha creado una realidad temporal, con una meta consumadora, con plazo[36]. Desde entonces, el tiempo histórico de origen bíblico no mide la degeneración, sino la génesis de lo real y la perfección anhelada no se emplaza en el pasado sino en el futuro. Creado el mundo *con* el tiempo significa que es temporal, finito y mutable; significa que lo creado no es divino sino mundano, significa, ni más ni menos, que el mundo es creado (por Otro) desde el amor y para la plenitud, es creación y no generación (panteísmos) ni de-generación (dualismos)[37]. Es más, en su origen el mundo es bueno, muy bueno: Dios ve lo que hizo y "he aquí que estaba muy bien" (Gn 1, 4, 10, 12, 18, 21, 25, 31): este es el sello sobre su creación: el bien y no el mal es el que tiene la última palabra.

32 Cf. J. L. RUIZ DE LA PEÑA, *La otra dimensión. Escatología cristiana*, Sal Terrae, Santander, 1986, p. 22.

33 J. NOEMI, *El mundo, creación y promesa de Dios*, Ed. San Pablo, Santiago, 1996, pp. 105-107.

34 J. MOLTMANN, *La Venida de Dios. Escatología cristiana*, Ed. Sígueme, Salamanca, 2004, pp. 47-55; Id. *Teología de la esperanza*, pp. 123-298.

35 J. L. RUIZ DE LA PEÑA, *La pascua de la creación. Escatología*, BAC, Madrid, 1996, p. 17.

36 J. B. METZ, *Dios y tiempo*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 180-182.

37 J. L. RUIZ DE LA PEÑA, *Teología de la creación*, Sal Terrae, Santander, 1992, pp. 133-145.

2.3. El desafío

El desafío que la crisis ecológica dirige a las religiones y a sus teologías se puede resumir de este modo: es preciso que la fe muestre con fuerza y claridad no sólo la íntima relación existente entre lo humano y Dios, entre cada ser humano y la sociedad humana, sino igualmente la unidad existente entre el mundo humano y el cosmos creado. Hay unidad tanto en las posibilidades de salvación como de perdición.

En un contexto en que predomina una actitud de dominio sobre la naturaleza, se impone la necesidad de revalorizar la perspectiva simbólico sacramental del mundo: las cosas no son sólo objetos para ser utilizados, sino que poseen una gran riqueza simbólica puesto que son un regalo de Dios y manifestación de su amor permanente por la vida y por la humanidad.

En fin, una auténtica actitud ecológica supone un cambio cultural profundo que tendrá que traducirse en la renovación de la cosmovisión imperante. Y es aquí donde la fe cristiana puede colaborar –y mucho- en la superación de la visión tecnocrática del cosmos. La naturaleza no es un mero instrumento que el hombre tiene en sus manos para satisfacer sus ilimitadas y no siempre vitales necesidades. Lo natural no es un simple artefacto social ni una cifra económica transable en el mercado. La naturaleza en su conjunto es *creación de Dios*, un *don* divino a las humanidades de todos los tiempos. Así lo reitera el apóstol Pablo retomando el Salmo 24, 1: "Del Señor es la tierra y todo cuanto contiene" (1Cor 10,26). Dios ha creado los cielos "con inteligencia" (Jr 10,12; Sal 136,5), y la tierra "para ser habitada" (Is 45,18). En consecuencia, no hay poderes anónimos ni ciegos que tengan cautivo al cosmos ni éste está arrojado en la irremediable soledad de su inmanencia y fatalidad. Hay en el cosmos un *sentido* que se puede auscultar y del que brotan finalidades y orientaciones para un uso adecuado de sus potencialidades. Por ello, el acto creador implica la libertad responsable de *labrar y cuidar* (Gn 2,15) el don recibido. Nuestra experiencia y anuncio de la fe en Jesucristo "*primogénito de toda la creación*" (Col 1,15) puede suscitar una nueva sensibilidad en la relación con la naturaleza sin desvincularse de la preocupación ética prioritaria por la integridad y desarrollo de la persona humana y de la sociedad en su totalidad, evitando caer en un *presentismo* irresponsable que termine dañando aún más la naturaleza y haciéndola cada vez menos habitable para la generaciones futuras.

No hace mucho tiempo Benedicto XVI ha manifestado que: "los proyectos para un desarrollo humano integral no pueden ignorar a las generaciones sucesivas, sino que han de caracterizarse por la solidaridad y la *justicia intergeneracional*, teniendo en cuenta múltiples aspectos, como el ecológico, el jurídico, el económico, el político y el cultural... Hoy, las cuestiones relacionadas con el cuidado y salvaguardia del ambiente han de tener debidamente en cuenta los *problemas energéticos.* En efecto, el acaparamiento por parte de algunos estados, grupos de poder y empresas de recursos energéticos no renovables, es un grave obstáculo para el

desarrollo de los países pobres. En este sentido, hay también una *urgente necesidad moral de una renovada solidaridad*, especialmente en las relaciones entre países en vías de desarrollo y países altamente industrializados. Las sociedades tecnológicamente avanzadas pueden y deben disminuir el propio gasto energético, bien porque las actividades manufactureras evolucionan, bien porque entre sus ciudadanos se difunde una mayor sensibilidad ecológica… Esta responsabilidad es global, porque no concierne sólo a la energía, sino a toda la creación, para no dejarla a las nuevas generaciones empobrecida en sus recursos. Es lícito que el hombre *gobierne responsablemente la naturaleza* para custodiarla, hacerla productiva y cultivarla también con métodos nuevos y tecnologías avanzadas, de modo que pueda acoger y alimentar dignamente a la población que la habita. En nuestra tierra hay lugar para todos: en ella toda la familia humana debe encontrar los recursos necesarios para vivir dignamente, con la ayuda de la naturaleza misma, don de Dios a sus hijos, con el tesón del propio trabajo y de la propia inventiva. Pero debemos considerar un deber muy grave el dejar la tierra a las nuevas generaciones en un estado en el que puedan habitarla dignamente y seguir cultivándola (*Caritas in veritate*, 2009, Nº 48-50).

¿De qué modo nuestra experiencia y anuncio de la religión, y en particular de la fe cristiana, puede suscitar una nueva sensibilidad en la relación con la naturaleza sin desvincularse de la preocupación ética prioritaria por la integridad de toda persona humana desde su concepción hasta su muerte? y, ciertamente sin caer en un *presentismo* irresponsable que termine dañando aún más la naturaleza y haciéndola menos habitable para la generaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Benedicto XVI, *Spe Salvi.*

Berdiaev, N. *Essai de Métaphysique Eschatologique*, Aubier, Paris, 1946; id., *El sentido de la historia*, Ed. Encuentro, Madrid, 1979.

Catecismo de la Iglesia Católica, Nº 310.

Cf., Ratzinger, J. Creación - Gracia - Mundo. La fe en la creación y la teoría de la evolución, en *Palabra en la Iglesia*, Ed. Sígueme, 1976.

Cf. J. Ruiz de la Peña, L. *La otra dimensión. Escatología cristiana*, Sal Terrae, Santander, 1986.

Claro, F. La ciencia y el fin de los tiempos, *Teología y Vida*, Vol. XLI, 2000.

Duquoc, CH. *Dios diferente*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1982.

Gesché, A. *Dios para pensar II. Dios. El Cosmos*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1997.

Gesché, A. *Dios para pensar II, Dios-El Cosmos*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1997.

Giannini, H. *Tiempo y espacio en Aristóteles y Kant*, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1982, Cf., Id. *Breve Historia de la Filosofía*, Ed. Catalonia, Santiago, 2005.

Hessel, Stéphane ¡*Indígnate*! Ed. Destino, Barcelona, 2011.

J. Ruiz de la Peña, L. *La pascua de la creación. Escatología*, BAC, Madrid, 1996.

J. Ruiz de la Peña, L. *Teología de la creación*, Sal Terrae, Santander, 1992.

J. Metz, B. *Dios y tiempo*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

Jonas, H. *El principio de responsabilidad*, Ed. Herder, Barcelona, 1995.

Lacroix, M. *L' Humanicide. Pour une morale planétaire*, Librairie Plon, Paris 1994; tr. esp.: *El humanicidio. Ensayo de una moral planetaria*, Ed. Sal Terrae, Santander, 1995.

Levinas, E. *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1987.

Moltmann, J. *La Venida de Dios. Escatología cristiana*, Ed. Sígueme, Salamanca, 2004; Id. *Teología de la esperanza*, pp. 123-298.

Moltmann, J. *Teología de la esperanza*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1977.

Noemi, J. *El mundo, creación y promesa de Dios*, Ed. San Pablo, Santiago, 1996.

Pannenberg, W. *Una historia de la filosofía desde la idea de Dios*, Ed. Sígueme, Salamanca, 2001.

Semmlroth, O. *El mundo como creación*, Ed. Fax, Madrid, 1965.

Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*.

Santo Tomás de Aquino, *Compendio de Teología*, Ed. Rialp, Madrid, 1980.
San Agustín, *De civitate Dei*.

Scholem, G. *Le messianisme juif. Essais sur la spiritualité du judaïsme*, Calmann-Lévy, Paris, 1974.

Schumacher, E.F. *Small is beatiful*. A Study of Economics as if People Mattered, Harper and Row, New York, 1975.

Zubiri, X. *El Hombre y Dios*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

Zubiri, X. *Sobre el problema de la filosofía y otros escritos (1932-1944)*, Ed. Alianza, Madrid, 2002.

SOCIEDADES ANÓNIMAS Y DESARROLLO SUSTENTABLE: ¿MUNDOS OPUESTOS?

Felipe Bahamondez Prieto[1]

1. Introducción

Las empresas en el mundo, y en nuestro país, están en un proceso de cambio permanente y profundo para adaptarse a las nuevas realidades de los mercados y sociales. En la actualidad, el tema de la sustentabilidad empresarial es parte importante de la dinámica de los negocios y ha modificado los patrones de conducta tradicionales, abriendo nuevos desafíos de cómo enfrentar esa nueva realidad. La tendencia mundial es que la creación de valor en estos días, esencial a toda sociedad anónima, no solo debe beneficiar a los accionistas de las empresas sino a la sociedad en su conjunto. Esto que parece muy sencillo en verdad representa un cambio de paradigma en la manera de enfrentar los negocios.

2. Negocios, Responsabilidad Social Empresarial y Desarrollo Sustentable

En este nuevo escenario de negocios que enfrentan las empresas entran a jugar nociones como Responsabilidad Social Empresarial (“RSE”), que tiene un alcance que va más allá de los que las empresas están legalmente obligadas a realizar y, en alguna medida, recoge la idea de una especie de deber fiduciario de las empresas hacia todos aquellos a quienes afecta su operación, lo que ciertamente es un deber que va más allá de benefiar solo a sus accionistas. En esa misma línea, la noción de Desarrollo Sustentable (“DS”) aparece como un componente muy relevante de la RSE, toda vez que se relaciona con los aspectos sociales, económicos y de protección del medio ambiente, que son, por así decirlo, los tres pilares sobre los cuales se basa el DS y que pueden ser afectados de manera importante por la actividad de las empresas.

La creciente preocupación por los temas ambientales y sociales en nuestro país, y cómo ellos están afectando el desarrollo de nuevos proyectos de las más diversas índoles, hace que necesariamente la RSE deba prestarle un renovado interés al tema. El DS, según fuera recogido en el Reporte de la llamada *Brundtland*

---

1 Abogado de la Universidad de Chile, LL.M. Harvard University, Profesor Derecho UC y Director del Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable UC

Comission de 1987, dice relación con satisfacer las necesidades del presente, pero sin poner en riesgo que las generaciones futuras puedan satisfacer sus propias necesidades. Esa noción de DS, tan amplia en sus alcances, para hacerse operativa debe concretarse en ciertos aspectos, lo que es indispensable hacer al vincularla a la RSE, toda vez que las empresas enfrentan grandes desafíos de negocios, entre otros, y muy especialmente en nuestro país, derivados de la escasez de aguas y cómo satisfacer sus necesidades industriales o sus requerimientos de energía y de materias primas en general, lo que debe balancearse con el debido cuidado por el medio ambiente.

Es legítimo preguntarse si estas consideraciones son realmente nuevas o han estado presentes desde hace muchos años en la discusión legal y de negocios. En efecto, solo por dar un ejemplo, el tema del uso de mano de obra infantil o las condiciones de trabajo en la minería, no son nuevos en la discusión pública y claramente tienen que ver con la dimensión social del DS. No son temas nuevos, la mayoría de ellos, pero tienen una renovada actualidad e importancia.

En la actualidad existe una especie de conciencia general, facilitada por los medios de comunicación social, que hace que estos temas sean ahora ineludibles para empresas que actúan en mercados globalizados. Esto representa grandes oportunidades de negocios, pero también riesgos operacionales más altos para las empresas, con un nivel de escrutinio público a su desempeño como nunca antes se conoció en la historia de los negocios. Es por ello que un adecuado cumplimiento de los estándares de DS a nivel empresarial, ya sea vía la RSE o como se estime más apropiado, aparece no solo un imperativo ético, como siempre lo ha sido por lo demás, sino sobre todo un imperativo económico para desarrollar negocios de manera exitosa en los tiempos que corren. Las empresas que sepan enfrentarlo serán las más exitosas en los próximos años. De muestra un botón, algunas conclusiones que recoge la reciente encuesta llamada Nielsen Global Survey on Corporate Social Responsibility[2] realizada a miles de consumidores en cerca de 60 países mostró que un porcentaje mayoritario de los consumidores está dispuesto a pagar más por productos o servicios que tienen un compromiso cierto con generar impactos sociales y medio ambientales positivos.

3. Las Sociedades Anónimas y sus fines

Para las sociedades anónimas fue un principio bien asentado durante todo el siglo XX que la empresa y sus administradores tenían como propósito esencial la maximización del valor para la compañía y sus dueños o accionistas. A nivel comparado existen varios precedentes jurisprudenciales que ratifican la idea de una

2 Disponible en <http://www.nielsen.com/us/en/insights/reports/2014/doing-well-by-doing-good.html)>

especie de primacía de los accionistas por sobre otros *stakeholders*, casos que van desde la emblemática decisión en *Dodge v. Ford Motors Co.* (1919)[3] hasta la más reciente *eBay Domestic Holdings, Inc. V. Newmark* (2010)[4]. Un autor influyente en nuestros economistas locales, Milton Friedman, escribía en términos rotundos a comienzo de los años 70' que la RSE consistía en aumentar las utilidades de las empresas[5]. Por su parte, la discusión académica ha sido siempre muy importante desde el texto clásico de Berle & Means (1932)[6] que señaló que las sociedades anónimas tienen que buscar maximizar el valor para sus accionistas. Con el tiempo también se detectó que los llamados problemas de agencia juegan un papel muy relevante en las sociedades anónimas, de manera tal que los administradores de las mismas, llámense gerentes o *insiders* en general, tienen la posibilidad real de realizar acciones que vayan en contra de maximizar el valor de los accionistas y, muy por el contrario, realizar acciones que los beneficien precisamente a ellos mismos. De este debate surgen las que podríamos llamar dos visiones sobre la RSE que se mantienen hasta nuestros días. La primera visión mira la RSE como una manifestación justamente de los problemas de agencia al interior de las empresas, y por lo mismo la ve como un problema, toda vez que sostiene que las sociedades anónimas comprometidas con temas de RSE tienen problemas de agencia que posibilitan que sus administradores y gerentes realicen estas actividades que los beneficia de distinta manera a ellos mismos, pero a expensas de los accionistas[7]. La segunda visión, en cambio, ve la RSE como propia de empresas que tienen altos estándares de gobierno corporativo y en ese ámbito la RSE viene a ser justamente una forma de agregar valor a la empresa. En efecto, se sostiene que no hay oposición alguna en maximizar valor para los accionistas y, al mismo tiempo, lograr beneficios sociales más amplios y comprensivos para la sociedad en su conjunto[8]. Es muy probable que un punto intermedio entre ambas visiones sea lo más cercano a la realidad, y habrá casos en que la RSE esté fuertemente influenciada por problemas de agencia y, otros en cambio, en que ella es ejemplo de un buen gobierno corporativo. Lo cierto es que, más allá de las discusiones teóricas, siempre apasionantes por cierto, la realidad es que los clientes, consumidores y accionistas estos días están exigiendo más a las empresas, lo que al final hace redefinir la idea de lo que son los negocios en este siglo XXI.

3 *Dodge v. Ford Motor Company*, 170 NW 668 (Mich. 1919).

4 eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark, et al., C.A. No. 3705-CC (Del. Ch. Sept. 9, 2010).

5 Friedman Milton. The social responsibility of business is to increase its profits, New York Times Magazine, 1970.

6 Berle Adolf y Means Gardiner. The modern corporation and private property (Transaction 1932).

7 Cheng Ing-Haw, Hong Harrison y Kelly Shue. Do managers do good with other people's money? Chicago Booth Research Paper Nº12-47.

8 Deng X., Kang J-K y Low B.S. Corporate social responsibility and stakeholder value maximization: Evidence from mergers, Journal of Financial Economics 110: 87-109.

En nuestro país, si bien las normas de sociedades anónimas hacen referencia al deber de los directores de velar por el interés social, sin que la legislación defina con claridad el mismo. Ello ha sido interpretado por la doctrina de una manera más bien objetiva como la maximización del valor de largo plazo para la empresa y sus accionistas, lo que es armónico con la definición de sociedad dada por nuestro Código Civil hace muchos años atrás. En general nuestra doctrina, siguiendo una línea conservadora, se ha alineado con la idea que la empresa, sus administradores y directores, tendrían como propósito la maximización del valor para la compañía y sus dueños o accionistas[9]. Esa interpretación ha sido recogida también por la SVS en el llamado *Caso Pehuenche* (2011)[10] y fue parte de la discusión judicial de fondo en el famoso *Caso Chispas* (1997)[11]. A partir de esa premisa se construyen los deberes fiduciarios de lealtad y cuidado de los directores en nuestra legislación, considerando especialmente la función creadora de riqueza que posee la sociedad anónima como, por cierto, la más representativa de las sociedades de capital que recoge nuestra legislación. De esta forma, frente a los intereses de diversa índole que enfrenta la sociedad anónima, queda claro dónde los directores deben poner sus prioridades ordenadoras, obviamente siempre respetando el marco legal de limitaciones específicas de la actividad de que se trate y el general aplicable a toda actividad económica que se desarrolle en nuestro país. Por lo mismo, siguiendo esa línea doctrinaria, pareciera que la búsqueda de propósitos de otro tipo o naturaleza, como pueden ser los de carácter más social o medio ambiental propios del DS, estarían más allá de los límites de los procesos de decisión societaria, más aún si ello entra en conflicto con la finalidad de maximizar el bienestar de los accionistas y el interés social así entendido.

4. Las Empresas B o las B-Corp: definiendo el interés social y el éxito en los negocios en nuestra época

En ese ámbito, las llamadas B Corp o las *Benefit Corporation* son parte de ese cambio de mentalidad que se está imponiendo en el mundo empresarial anglosajón y que está llegando con fuerza a nuestro país por vía de las llamadas Empresas B.

La adopción de leyes para la creación de las llamadas *Benefit Corporations* en los Estados Unidos es un síntoma de los cambios profundos que se están viviendo en la cultura corporativa a nivel mundial. La última normativa en esta materia

9 Puga Vial Juan Esteban. La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 396 y siguientes.

10 Alcalde Rodríguez Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Ediciones UC, 2013, pp.425 y siguientes.

11 Alcalde Rodríguez Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Ediciones UC, 2013, pp.439 y siguientes.

ha sido recientemente adoptada el 2014 por el Estado de Delaware, que no por casualidad es el lugar de constitución de casi la mitad de las sociedades listadas en bolsa de dicho país. La nueva normativa sobre *Public Benefit Corporation* (PBC) en Delaware permite ya sea la creación de una nueva sociedad, la transformación de una ya existente o la fusión con una sociedad de esta naturaleza. El acontecimiento fue celebrado como un importante avance en materia de gobierno corporativo, que busca posibilitar que las empresas no solo cumplan sus metas financieras, sino también lograr objetivos sociales o medio ambientales, o como dicen sus partidarios *"to make money and to make a difference"*. A pocos días de convertirse en ley, ya hay varias empresas en vías de adoptar la nueva modalidad corporativa, que conjuga la rentabilidad de largo plazo para los accionistas con un desempeño corporativo sustentable.

Las primeras empresas en adquirir la calidad de PBC en Delaware fueron Plum Organic y Method, ambas con un fuerte compromiso de sustentabilidad en sus negocios. Se estima que en Delaware el nuevo tipo societario será adoptado mayoritariamente por sociedades anónimas cerradas en lugar de las sociedades anónimas abiertas ya existentes, porque para ello un 90% de los accionistas debe aprobar la decisión, lo que resulta muy difícil de lograr en caso de sociedades abiertas a bolsa. En cambio, resulta muy apropiado para las sociedades anónimas cerradas adoptar la figura porque es más sencillo poner de acuerdo a menos personas, de forma que quede establecido que no solo los beneficios económicos de los accionistas deciden el curso de acción de la empresa. La ventaja es que ahora los directores, al tomar sus decisiones, no arriesgarán posibles demandas de los accionistas, a quienes les puede preocupar más recibir un mayor dividiendo que, por ejemplo, la compañía se involucre en un plan social o medio ambiental en el lugar lejano donde se desarrollan parte de sus actividades extractivas o la actividad manufacturera del caso.

Bajo la legislación de Delaware sobre PBC, los directores deben poner en la balanza un triple interés, esto es, (i) el interés pecuniario de los *stockholders*, el más evidente de los cuales es el de sus propios accionistas; (ii) los intereses de todos aquellos a quienes la empresa afecta de manera relevante con su actuar, entre los cuales están las comunidades locales y finalmente; (iii) los otros intereses de carácter público que la misma empresa haya identificado en sus estatutos, entre los cuales pueden estar los de naturaleza artística, cultural, medio ambiental, social, científica, técnica o incluso religiosa. Además, y frente al peligro que esta figura societaria sea adoptada simplemente por seguir una nueva tendencia corporativa de moda, las *Benefit Corporations* deberán reportar a lo menos cada dos años su desempeño en las materias antes señaladas, con lo cual la simple declaración de buenos propósitos no bastará porque el escrutinio público caerá sobre ellas y les exigirá avances en los propósitos que declaran promover. Es probable que estas sociedades no reemplazarán en los Estados Unidos a las sociedades anónimas

tradicionales, aquellas en que la maximización del valor para sus accionistas es el propósito guía de las decisiones de sus directores y gerentes, pero es una solución altamente creativa desde el punto de vista legal para dar mayor amplitud a los procesos de toma de decisiones corporativas, evitando muchas veces los horizontes de corto plazo y dando la posibilidad que los directores evaluen, a la hora de decidir, los propósitos que las propias empresas se han dado como razón de su existencia corporativa. Lo esperable que ocurra en el tiempo es que las *Benefit Corporation* que nazcan de cero se transformen con los años en sociedades anónimas abiertas que se transen en bolsa, resultando muy atractivas para todos aquellos inversionistas que estén interesados en hacer ganancias, pero también en hacer una diferencia en el mundo en que se desenvuelven los negocios.

Además de la posibilidad de formar legalmente una *Benefit Corporation* bajo la normativa de Delaware u otros estados que ya tiene legislaciones de este tipo implementadas, existe también la alternativa de obtener una certificación de sustentabilidad de la empresa por parte de terceros que verifiquen que efectivamente se cumplen propósitos más amplios que la búsqueda de rentas para sus accionistas y la sociedad. Esta certificación no es una calidad legal en sí misma, sino simplemente una certificación que se otorga a las sociedades anónimas, así como la certificación LEED lo es a los edificios o a la construcción. Una de las más conocidas certificaciones societarias es la que otorga la entidad llamada B-Lab, que entrega la calidad de B Corp a las sociedades que cumplen los altos estándares exigidos en materia de desempeño social, medio ambiental, responsabilidad y transparencia. A la fecha hay cientos de B Corp certificadas por el referido B-Lab en cerca de 30 países en el mundo, entre las cuales destacan empresas como Patagonia o Ben & Jerry. Incluso, sin lugar a dudas, muchas empresas chilenas podrían optar a esta certificación si así lo desean y además cumplen los estándares exigidos por B-Lab.

5. ¿Esa realidad de negocios de las Empresas B es aplicable a Chile?

La pregunta que nos cabe hacer es si la idea de fondo de las *Benefit Corporation* o Empresas B podría ser replicada en Chile.

Desde luego, la posibilidad que la sociedad pueda perseguir fines más allá del mejor interés de sus accionistas resultará muy atractiva a muchas sociedades anónimas chilenas que funcionan con altos estándares de sustentabilidad en sus negocios. Por otro lado, muchos directores agradecerán que a la hora de tomar las decisiones corporativas más complejas, ellos puedan ponderar otros propósitos más amplios, sin por ello vulnerar los deberes fiduciarios propios de los directores y, demás está decirlo, sin quedar los directores expuestos a eventuales responsabilidades por exceder su campo de acción o no cumplir con sus deberes legales como directores.

Una vía para lograrlo sería implementar, previa discusión en el Congreso, un estatuto para este tipo de sociedades, lo que significaría darles un tratamiento legal propio y distintivo, así como en su minuto se optó por regular expresamente la empresa individual de responsabilidad limitada o las llamadas sociedades por acciones. La prensa ha informado que existen iniciativas legales en estudio para dotar de un marco legal a estas empresas, una proveniente del Ministerio de Economía y enmarcada en la Agenda de Productividad del Ejecutivo, mientras que la otra tiene su origen en el propio Congreso y contaría con respaldo transversal, siendo altamente probable su ingreso a tramitación legislativa durante el año 2015.

Otra alternativa distinta sería simplemente actuar usando la normativa existente que regula las sociedades anónimas en nuestro país e implementar los cambios a nivel estatutario. Respecto de si ello es factible de hacer, nos inclinamos por la respuesta afirmativa aunque con resguardos importantes por la relevancia que tiene la materia. En efecto, no vemos un reparo de fondo a permitir a los accionistas, dueños al fin y al cabo de una sociedad existente, por medio de una junta extraordinaria, puedan definir lo que para ellos es el interés social de esa sociedad anónima en particular. Esta decisión debiera adoptarse, por las importantes consecuencias que tiene, con un *quorum* de la unanimidad de las acciones emitidas, tal como lo requiere por ejemplo el acuerdo de no distribuir a lo menos el 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio social. Así de relevante sería una decisión donde los dueños de una sociedad ya existente definan lo que para ellos es el interés social de esa sociedad anónima en particular y establezcan, por ejemplo, que la sociedad buscará el mejor interés económico de largo plazo de sus accionistas, lo que deberá conjugarse con otros propósitos como el respeto al medio ambiente o las buenas relaciones con las comunidades donde la empresa desarrolla sus negocios. Un cambio de este tipo debiera ir acompañado además con todo un diseño e implementación a nivel de gobierno corporativo, para alinear el accionar de los directores y gerentes a una realidad donde, claramente, su buen juicio y criterio será desafiado por las decisiones que deban tomar, considerando que la noción de sustentabilidad en los negocios de la empresa se instala en medio del directorio.

Por otro lado, evidentemente si una sociedad comercial se está constituyen do, estimamos que los accionistas originales podrían entrar a definir a nivel de estatutos lo que para ellos significa el interés social. En cualquier caso, las finalidades o propósitos que se fijen siempre debieran conjugarse con la de obtener valor para sus accionistas, lo que es esencial a una sociedad de capital como la sociedad anónima. Además, nos parece que los accionistas deben recibir reportes periódicos de cómo se está cumpliendo con el interés social que la empresa ha definido, para alinear y sobre todo verificar adecuadamente que los múltiples intereses en juego se cumplen y avanzan adecuadamente.

No vemos lejos el día en que alguna sociedad anónima chilena de un paso en este sentido, es más, son muchas las que ya cumplen con altos estándares de DS en sus políticas de negocios y probablemente piensen que un compromiso así debe pasar a ser parte de sus estatutos en forma permanente, como una declaración de principios de lo que para ellos significa el éxito en los negocios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alcalde Rodríguez, Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Ediciones UC, 2013.

Berle, Adolf y Means, Gardiner. The modern corporation and private property (Transaction 1932).

Cheng Ing-Haw, Hong Harrison y Shue, Kelly. Do managers do good with other people's money? Chicago Booth Research Paper Nº 12- 47.

Deng X., Kang J-K y Low, B.S. Corporate social responsibility and stakeholder value maximization: Evidence from mergers, Journal of Financial Economics 110: 87-109.

Friedman, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits, New York Times Magazine, 1970.

Puga Vial, Juan Esteban. La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: NOTAS SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS, CONDICIONES Y MEDIDAS DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL EN EL CASO "BOCAMINA"

Felipe Leiva Salazar[1]

1. Introducción

El 28 de diciembre de 2012 marca el inicio del ejercicio efectivo de las atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante la Superintendencia). Lo anterior, con motivo de la designación de los integrantes que componen el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Para el derecho ambiental chileno la relevancia de este hito es indiscutible. La Superintendencia posee atribuciones de fiscalización y sanción inéditas en la historia ambiental de país y su ejercicio –sin duda- influirá no sólo en la gestión pública ambiental sino que también en la propia conducta de quienes son entes fiscalizados por ella.

Según la Ley Orgánica de la Superintendencia[2] (en adelante LOSMA), este organismo posee atribuciones relacionadas con la fiscalización de las normas que refieren a prácticamente la mayoría de los instrumentos de gestión ambiental regulados por la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en adelante "Ley N° 19.300", a saber: el sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), normas de calidad, normas de emisión y los planes de prevención y de descontaminación[3].

En tanto instrumento de gestión ambiental, el SEIA es, por lejos, el que más ha recibido la atención, no solo regulatoria, sino que también jurisprudencial. Su relevancia es tal que incluso con motivo de las modificaciones introducidas el año 2010 a la Ley N° 19.300, se hablaba de una excesiva "Seización" de la

1 Abogado P. Universidad Católica de Chile. LLM en Energía y Medio Ambiente, Tulane University. Profesor pregrado y posgrado de Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la Universidad del Desarrollo. Profesor en el Diplomado "Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable" de la Facultad de Derecho de la PUC.

2 La LOSMA está contenida en el artículo Segundo de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial del 26 de enero de 2010.

3 LOSMA (2010). Artículo 2.

gestión ambiental del país en desmedro de otros instrumentos[4]. Otro ejemplo de su importancia lo encontramos en la idea de la excesiva "judicialización" de los proyectos de inversión. Básicamente esta aseveración se justificó por la seguidilla de fallos judiciales que se revocaban o se referían a los proyectos evaluados ambientalmente y cuyo retraso se atribuía a esta circunstancia[5].

La reforma del 2010 hizo eco de su importancia e introdujo profundos cambios orgánicos y procedimentales a las normas sobre evaluación ambiental. Desde el punto de vista orgánico, creó el Servicio de Evaluación Ambiental como el organismo descentralizado del Ministerio del Medio Ambiente que está a cargo exclusivamente de la administración del SEIA[6]. Por su parte, desde la perspectiva procedimental se introdujeron mejoras o correcciones a las reglas de evaluación que intentan reforzar el cariz técnico de la evaluación, incrementar la participación ciudadana de los proyecto, establecer etapas claras de evaluación y otros cambios cuya conveniencia y resultados son tempranos de establecer y exceden el ámbito de este trabajo.

En este contexto, el presente artículo revisará y comentará el rol de la Superintendencia en relación con la sanción a la infracción a las normas, condiciones y medidas de las resoluciones de calificación ambiental. Además, se analizarán los aspectos relevantes que se desprenden de la reciente jurisprudencia administrativa generada en el caso de la Central Termoeléctrica Bocamina (en adelante Proyecto Bocamina), cuyos criterios han sido mayoritariamente confirmados por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia[7].

2. Rol de la Superintendencia en el SEIA

Tal como se señaló en una oportunidad anterior[8], la creación de la Superintendencia vino a suplir y robustecer uno de los aspectos reconocidamente deficientes de nuestra legislación ambiental constituyendo, a nuestro juicio, el cambio institucional más relevante del último tiempo[9].

4 El Mensaje N° 352-356 del 5 de junio de 2008, señala, como crítica al antiguo modelo institucional de la Ley N° 19.300, que la "utilización de los instrumentos de gestión ha sido desequilibrada (mucho Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pocas normas)".

5 Ver García, José Francisco y Verdugo, Sergio (2019): "Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia un Gobierno de los Jueces? En Revista Libertad y Desarrollo N° 242

6 Ver Boettiger, Camila (2010) "Nueva Institucionalidad Ambiental" en Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) Nº 22: 429.

7 Nos referimos a la Sentencia en causa Rol R-6-2014 dictada el 27 de marzo de 2015

8 Ver Leiva, Felipe (2013). A propósito de Hidroaysén: Notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. (Actualidad Jurídica N° 27 -2013).

9 Para mayor detalle del actuar de la Superintendencia ver Infante, Paloma (2014). Principales Desafíos de la Superintendencia del Medio Ambiente a un Año de su Entrada en Funcionamiento. En Anuario de Derecho Público 2014. Universidad Diego Portales.

Con respecto al SEIA, debe tenerse en cuenta que éste es un procedimiento administrativo complejo en el que participan diversos organismos del Estado con competencia ambiental, cuyos pronunciamientos van determinando la evaluación y eventual calificación favorable o desfavorable de los proyectos sometidos a la decisión de la autoridad ambiental[10]. En tanto instrumento eminentemente preventivo, el SEIA evalúa proyectos o actividades y sus modificaciones como requisito administrativo previo a su ejecución[11]. Durante el proceso de evaluación ambiental la Superintendencia no tiene injerencia alguna por cuanto sus atribuciones se relacionan con la ejecución del proyecto, es decir, de manera posterior a la aprobación ambiental de un proyecto.

En este contexto, de la revisión tanto de las normas contenidas en la Ley N° 19.300 como de la LOSMA, encontramos que la Superintendencia posee atribuciones en las siguientes materias relacionadas con el SEIA[12]:

- Fiscalizar el cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de la Resolución de Calificación Ambiental[13].
- Infracción a las normas de ingreso al SEIA[14].
- Requerir la caducidad de la resolución de calificación ambiental[15].
- Norma sobre fraccionamiento de proyectos[16].

3. Infracción a normas, condiciones y medidas de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA)

3.1. Descripción de normas relacionadas

El artículo 64 de la Ley N° 19.300 señala que *"la fiscalización del permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se han aprobado o aceptado los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental (...) será efectuado por la Superintendencia del Medio Ambiente de conformidad a lo señalado por la Ley"*.

10 Para mayor detalle ver Bermúdez, Jorge (2007). Fundamentos de Derecho Ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

11 Ley N° 19.300 (1994). Art. 8°.

12 Además de las expuestas atribuciones de la Superintendencia también se encuentran en los artículos 18 ter, 25 quater y en el artículo 81 de la Ley N° 19.300.

13 Ver LOSMA (2010). Art. 3° letra a), g) y h); Ley N° 19.300 (1994). Art. 8°; art.24; art. 25 inciso final y art. 64.

14 Ver LOSMA (2010). Art. 3 Letra i) y j); Ley N° 19.300 (1994). Art. 24 inciso 5.

15 Ver LOSMA (2010). Art.3 letra l; Ley N° 19.300 (1994). Art. 25 ter.

16 Ver Ley N° 19.300 (1994). Art. 11 bis.

A su vez, el artículo 2° de la LOSMA dispone que: *"La Superintendencia tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental…"*. En este contexto, el artículo 3° letra a) de la LOSMA dispone, que la Superintendencia tendrá, entre otras, la atribución de: *a) Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen, de conformidad a lo establecido en esta ley"*.

Finalmente, el artículo 35 letra a) de la LOSMA le entrega a la Superintendencia el ejercicio exclusivo de la potestad sancionadora respecto del *"incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental"*. Para el ejercicio de esta potestad, la LOSMA establece diversos mecanismos mediante los cuales ejerce sus atribuciones. Entre éstos, destacan el mecanismo de delegación o colaboración con otros organismos del Estado competentes en materia ambiental y la autodenuncia[17].

3.2. Alcance de la fiscalización de la RCA

Es sabido que la RCA es el acto administrativo terminal de un procedimiento administrativo complejo que otorga una autorización administrativa que, de ser favorable, permite a su titular obtener todos los permisos ambientales sectoriales que le permiten avanzar en la ejecución de su proyecto[18].

Sin embargo, la RCA está sujeta siempre a la tutela o vigilancia de la administración, no sólo a través de las labores de fiscalización que desarrolla la Superintendencia[19], sino que incluso puede ser revisada y, en su caso, modificada en caso que las variables ambientales no evolucionen como se previó en el proceso de evaluación ambiental[20].

De esta forma, según la complejidad técnica del proyecto evaluado, la RCA contiene un largo listado de considerandos y resuelvos que deben cumplirse según sea el componente ambiental evaluado[21]. En este sentido, el artículo 24 de la Ley N° 19.300 señala que la RCA favorable *"certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos*

17 Para mayor detalle ver Infante, Paloma (2014).

18 Ver Ley N° 19.300 (1994). Art 24.

19 El artículo 3° letra h) de la LOSMA entrega a la Superintendencia la atribución de "suspender transitoriamente, las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las resoluciones de calificación ambiental"

20 Ley N° 19.300 (1994). Art 25 quinquies.

21 El contenido mínimo de la RCA está regulado en el Artículo 60 del Reglamento del SEIA.

de mitigación y restauración". La importancia de este certificado radica en que según el artículo 25 de la Ley N° 19.300, en él se establecerán *"las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad (...)"*, debiendo dichas condiciones y exigencias *"responder a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el proceso de evaluación"*.

Desde esta perspectiva, podríamos señalar que la RCA es, coloquialmente, una "lista de chequeo ambiental" para sus titulares, quienes deben cumplirla en todas sus letras, asumidas las complejidades que esto conlleva. Y este cumplimiento se refiere a las "*normas, condiciones y medidas*" que forman parte de la RCA[22].

Al respecto, el inciso final del artículo 24 de la Ley N° 19.300 es tajante en su redacción: *"El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva"*. La Superintendencia ha entendido que este sometimiento estricto involucra no sólo las obligaciones contenidas en la RCA sino que "*también todas aquellas declaradas durante la evaluación, ya sea en las declaraciones de impacto ambiental, los estudios y las adendas, así como en lo indicado en las cartas de pertinencia presentadas por los titulares*"[23]. Como fundamento de lo anterior se indica el principio de la "unidad de procedimiento"[24].

Pese a la claridad de las reglas descritas, el cumplimiento de la RCA normalmente implica dificultades propias de la dinámica de la ejecución de los proyectos. En este sentido es frecuente la disonancia entre el diseño y la planificación de éstos con su desarrollo material. Así, son múltiples los aspectos que pueden diferir entre lo que se construya y ejecute en relación con lo aprobado en la RCA. Ahora, si bien la Ley N° 19.300 contiene los mecanismos que permitan actualizar o modificar el proyecto y su RCA, muchas veces éstos carecen de la flexibilidad necesaria para adecuar las decisiones urgentes o inminentes que enfrentan los tomadores de decisión en un proyecto. Así, existen "zonas grises" en la ejecución de los proyectos que pueden dar pie a la labor de fiscalización de la Superintendencia y cuya consecuencia administrativa y eventual sanción dependerá, de los criterios o las directrices que ésta desarrolle a través del tiempo mediante su jurisprudencia administrativa o sus resoluciones e instructivos específicos.

Como ejemplo de estas "zonas grises" podemos mencionar, entre otros, los cambios en la descripción del proyecto o en sus condiciones de construcción, la adopción de medidas ambientales diversas a las originalmente aprobadas debido

22 El Artículo 64 de la Ley N° 19.300 habla de "normas y condiciones". La expresión "medida" fue agregada en la LOSMA.

23 Infante, Paloma (2014).Pág. 10

24 Infante, Paloma (2014).Pág. 10

a cambios del proyecto o a situaciones ambientales no previstas, el atraso en el cumplimiento de normas y en la adopción de las medidas, el incumplimiento de normativa ambiental cuya infracción depende de la apreciación discrecional que haga la autoridad o el incumplimiento de normativa ambiental relacionada con permisos o autorizaciones administrativas cuya demora no depende enteramente del titular del proyecto.

Considerando el contexto normativo expuesto, el ejercicio de la fiscalización del cumplimiento de la RCA es probablemente uno de los mayores desafíos a la capacidad y competencia técnica de la Superintendencia. Baste señalar que hasta el año 2013 se habían aprobado en el SEIA alrededor de 13.000 proyectos, todos los cuales contienen diversas condiciones y medidas que fiscalizar[25].

4. Comentario de Jurisprudencia Administrativa: Sanción al proyecto termoeléctrico "Bocamina"[26]

4.1. Contexto

El proyecto termoeléctrico Bocamina corresponde a un complejo energético ubicado en la comuna de Coronel, Región del Bío Bío. Dicho complejo dispone de dos unidades la primera de las cuales comenzó su operación en la década del 70´. En el año 2007 se aprobó ambientalmente la segunda unidad mediante la presentación del proyecto "Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad" calificado favorablemente mediante la Resolución exenta N° 206/2007, del 2 de agosto, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Bío Bío (en adelante RCA 206).

Dicho proyecto fue objeto de una serie de actividades de fiscalización llevadas por la Superintendencia durante el año 2013. Además, desde su entrada en operación ha sido fuertemente cuestionada por diversas personas naturales y organizaciones ciudadanas, quienes no sólo denunciaron el proyecto en la Superintendencia sino que también recurrieron a los tribunales de justicia mediante la presentación de recursos de protección, logrando incluso la paralización de la operación de la central.

Ahora bien, producto de las labores de fiscalización iniciadas, la Superintendencia inició un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (en adelante "Endesa"), que culminó

25 Infante, Paloma (2014)

26 A la fecha de elaboración de este documento está pendiente la resolución de dos recursos de casación de forma y fondo presentados tanto por el titular del proyecto como por las comunidades denunciantes en contra de la Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental.

con la Resolución exenta N° 421, del 11 de agosto de 2014 (en adelante Resolución SMA 421). Dicha Resolución sancionó a Endesa con la suma de 8.640,4 UTA, equivalentes a la fecha al monto de $4.378 millones de pesos. Las sanciones fueron impuestas no sólo respecto del incumplimiento de las normas y condiciones de la RCA, sino que también por otros ilícitos administrativos[27]. Con fecha 1 de septiembre de 2014 la empresa presentó reclamación ante el 3° Tribunal Ambiental de Valdivia, quien, con fecha 27 de marzo de 2015 emitió su sentencia[28], la cual fue casada ante la Corte Suprema.

Para efectos de este comentario, revisaremos aquellos aspectos de la Resolución SMA 421 que, estimamos, iluminan el actuar de la Superintendencia respecto de las infracciones asociadas al incumplimiento de las obligaciones contenidas en la RCA del Proyecto Bocamina[29]. El comentario será además enriquecido con los argumentos que se desprenden de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, recientemente dictada.

Cabe señalar que en la mayoría de los infracciones relacionadas con el cumplimiento de la RCA, Endesa reconoció los hechos constitutivos de infracción, sea total o parcialmente. En este sentido, los argumentos de defensa estuvieron centrados en la aplicación del principio "Non bis in ídem", con la inexistencia o poca relevancia de los efectos dañosos o lesivos al medio ambiente de dicho incumplimiento, para efectos de cuantificar la multa o, en subsidio, absolver o aplicar la mínima sanción. Dicha estrategia de defensa significó que la Resolución SMA 421 enfatizara principalmente en los aspectos que determinaron la aplicación y el monto de la multa por las infracciones, especialmente respecto de las circunstancias que determinan la aplicación de sanciones del artículo 40 de la LOSMA.

27 La Resolución SMA 421 también sancionó a Endesa por: i) incumplimiento al requerimiento de información solicitado por la de la SMA en fiscalización (8,6 UTA); incumplimiento a cumplir con requerimiento de información sobre monitoreos (4,2 UTA); Desarrollar actividades sin contar con RCA (977 UTA).

28 Ver Causa Rol R-6-2014.

29 En este contexto, la Superintendencia formuló cargos contra Endesa por los siguientes hechos constitutivos de infracción de la RCA 206/2007: a) La omisión de contar con una obra de descarga de residuos industriales líquidos del sistema de refrigeración del condensador que penetre en el mar 30 metros desde el borde de la playa (infracción a Considerando 3.3); b) La Unidad I, en el mes de enero de 2013, emitió 0,35 ton/día, en promedio, para el parámetro CO, superando el límite de emisiones atmosféricas establecido en la RCA N°206/2007 para la etapa de operación (infracción a Considerando 4.2.1); c) Al momento de la inspección se constató que el sistema de desulfurización de la Unidad I no estaba operativo (infracción a Considerando 3.3); d) El cierre acústico perimetral de la primera Unidad de la Central Bocamina presenta fallas y aperturas entre paneles (infracción a Considerando 3.3 letra e); f) Emisión de ruidos molestos en infracción a la respectiva norma de emisión (infracción a Considerando 6.1); g) No contar con medidas para hacerse cargo de la succión masiva de recurso hidrobiológicos como efecto ambiental no previsto (infracción a Considerando 7.9)

4.2. Comentarios a la Resolución SMA 421

4.2.1. En relación con la aplicación de sanciones por infracciones a la RCA

En relación con la estructura de aplicación de sanciones utilizada por la Superintendencia en la Resolución SMA 421, cabe observar que ésta responde al criterio establecido por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en el caso denominado "Pascua Lama"[30]. Según dicho criterio las infracciones a las normas, condiciones y medidas de la RCA deben ser consideradas, valoradas y sancionadas independientemente, en sí mismas, sin que proceda en este caso concurso infraccional de ningún tipo, como sostuvo en su oportunidad la propia Superintendencia. En el caso "Pascua Lama", la Superintendencia aplicó el criterio agrupar y considerar todos los incumplimientos a la normas y condiciones de la RCA como una sola infracción al artículo 35 letra a) de la LOSMA, considerando que en este caso existía un "concurso infraccional" de todos los incumplimientos a las RCA. Según lo anterior, para aplicar el monto de la multa, la Superintendencia consideró el incumplimiento de mayor gravedad y estimó al resto como agravantes de la multa principal. Como se indicó, el Segundo Tribunal Ambiental estableció que dicha interpretación no era correcta y que la Superintendencia debía sancionar y considerar cada incumplimiento como una infracción determinando una sanción específica para cada una de ellas sin aplicar regla concursal alguna[31].

La discusión planteada en el caso Pascua Lama no es irrelevante. Como se vio en la sección 3 las RCA contienen numerosas condiciones y medidas que deben ser estrictamente cumplidas por su titular. Así las cosas, como se ha visto en la práctica, la RCA puede ser incumplida en diversos aspectos cuestión que, siguiendo el criterio actual de la Superintendencia daría pie a múltiples y, por lo demás, millonarias sanciones[32].

No obstante la discusión anterior, esta materia no fue objeto de discusión por parte de Endesa ante el Tercer Tribunal Ambiental el que no se pronuncia sobre este aspecto.

4.2.2. En relación con la metodología de cálculo del monto de sanciones

En segundo lugar, la Resolución SMA 421 detalla y encadena exhaustivamente cada uno de los aspectos que son considerados para aplicar el monto de

30 Ver Causa Rol R-6-2013.

31 Ver Infante, Paloma (2014).Pág. 12.

32 Coincidimos con Infante Paloma (2014), en que "entender que cada uno de los hechos infraccionales es una infracción en si misma puede llevar a la aplicación de multas exorbitantes que hagan inviable el sistema sancionatorio".

la multa, esto es, a la luz de los antecedentes se determina la configuración de la infracciones, su calificación (gravísimas, graves o leves), la ponderación específica de las circunstancias o criterios que según el artículo 40 de la LOSMA deben considerarse para aplicar la sanción y, finalmente, el monto para cada una de las infracciones a las normas, condiciones o medidas de la RCA. Al respecto, merece atención el hecho de que los montos contengan sumas que no están necesariamente cerradas o enteras. Lo anterior da cuenta del uso de una metodología de cálculo que -creemos- debiese ser explicitada, sino en la Resolución SMA 421, al menos en alguna resolución o instrucción de carácter general, de manera tal que los regulados conozcan de antemano los criterios metodológicos utilizados.

En sede jurisdiccional este tópico fue discutido por Endesa ya que, a su juicio, la no incorporación de las fórmulas de cálculo de la sanción en la Resolución SMA 421 tornaba la decisión de la Superintendencia en una *"absoluta arbitrariedad y por consiguiente en ilegal por incumplimiento al deber de fundamentación de los actos administrativos"*[33] Al respecto, el Tercer Tribunal responde, a nuestro juicio en una poética redacción, que *"la fórmula es la expresión irreductible de la discrecionalidad de la SMA, al no especificarse en la LOSMA la manera de calcular la multa (...)*. Más adelante, el Tribunal puntualiza que "*ciertamente que es posible que la SMA cambie la fórmula cada vez que determine una multa, o que cambie la ponderación de los factores, lo que no es más que el ejercicio de la discrecionalidad, toda vez que la LOSMA ni siquiera le impone la obligación de expresar su decisión a través de una fórmula matemática. Incluso más, la SMA podría no contar con una fórmula, e igualmente imponer una multa*[34]. Aún más, el tribunal señala que conocer de antemano la fórmula transformaría el régimen sancionatorio ambiental en una especie de "tarificación ambiental" y que la instancia jurisdiccional se transformaría en un mero revisor tarifario, función que *"es ajena a la judicatura"*.

Si bien compartimos la posición del Tercer Tribunal Ambiental respecto de que el uso de la fórmula de cálculo es parte de las facultades discrecionales de la Superintendencia, insistimos que sus bases o criterios de cálculo debiesen, ser conocidas de antemano por los regulados o, por lo menos, explicitados en la Resolución que aplica la multa. Lo anterior, debido a que las bases el polinomio de cálculo de la multa es parte de la razonabilidad que debe contener la aplicación discrecional de la multa, ya que, al menos en este caso, es dicho polinomio el que fundamenta el monto.

33 Ver Sentencia causa Rol N° R-6-2014, del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. Fs.1042-1043.

34 Sentencia Rol N° R-6-2014, fs. 1043.

4.2.3. En relación con las circunstancias determinantes para la aplicación de la Sanción

Especial atención se debe prestar a las consideraciones generales de la Resolución SMA 421 respecto de las circunstancias contenidas en el artículo 40, ya que estas contienen importantes directrices que sirven de base para ponderar y, en definitiva, determinar las sanciones específicas de los proyectos.

De ellas, es destacable el análisis realizado respecto de los criterios relacionados con la importancia del daño causado o del peligro ocasionado y con el criterio referido al beneficio económico obtenido por el infractor producto de su incumplimiento[35]. Ambos criterios constituyen elementos cruciales del modelo sancionador ambiental el cual debe combinar adecuadamente los aspectos disuasivos de la sanción, con los de justicia económica y de la proporcionalidad entre ésta y el daño causado[36].

Respecto del criterio contenido en la letra a) del artículo 40, referido a la importancia del daño causado o peligro ocasionado, la Superintendencia declara que la *"objetivación de esta cláusula constituye un aspecto clave en orden a limitar la discrecionalidad en este punto*"[37]. Dada la natural complejidad de los análisis de los efectos de los proyectos en el medio ambiente, esta declaración implicará un especial énfasis en aspectos técnicos y científicos que funden las apreciaciones de las partes interesadas, sean denunciantes, regulados o la propia administración del Estado. Además, según la Resolución SMA 421, esta circunstancia no sólo se circunscribe al daño ambiental, sino que considera *"todo el espectro de consecuencias negativas que ha acarreado la infracción, y no solamente las que reciben la calificación jurídica de daño ambiental"*. Es decir, para la valoración de esta circunstancia, no solo se consideran los menoscabos, detrimentos o perjuicios significativos inferidos al medio ambiente –daño ambiental, según la Ley N° 19.300[38] -sino que todo perjuicio o menoscabo perjudicial derivados de la infracción.

Por su parte, en relación con la circunstancia relacionada con el beneficio económico, es decir la letra f) del artículo 40, la Resolución SMA 421 indica que "el *beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como una combinación de tres componentes*"[39], a saber: a) beneficio asociado al retraso de incurrir en los costos del incumplimiento; b) beneficio asociado a los costos evitados por motivo del incumplimiento; y c) beneficio asociado a los ingresos derivados de una actividad ilegal.

35 Ver Artículos 40 letras a) y b).

36 Para mayor detalle en este tema se sugiere revisar el documento de la OECD "DETERMINATION AND APPLICATION OF ADMINISTRATIVE FINES FOR ENVIRONMENTAL OFFENCES: Guidance for *Environmental Enforcement Authorities in EECCA Countries*. Disponible en http://www.oecd.org/env/outreach/42356640.pdf . Además ver Resolución SMA 421 pág. 82.

37 Resolución SMA 421 pág.83

38 Ley N° 19.300 (1994). Art. 2° letra e).

En el caso específico, la Resolución SMA 421 contiene el análisis combinado de dichos criterios para cada una de las infracciones a la RCA. De éstos, resulta de interés señalar aquél vinculado a la Infracción A.3, es decir, a la falta de operación del sistema desulfurizador de la Unidad I de la Central. Ahora bien, respecto de la ocurrencia del daño ambiental, la resolución SMA 421 señala expresamente que los antecedentes tenidos a la vista en el procedimiento respecto de la infracción A.3 "no permiten configurar la existencia de daño ambiental ni peligro"[40]. En consecuencia, no se consideró dicho criterio como factor de incremento de la sanción. Respecto del beneficio económico, pese a que éste fue valorizado en 13.625 UTA, Endesa fue sancionada con el máximo legal establecido para una infracción calificada como grave, es decir en 5.000 UTA.

En nuestra opinión, la aplicación del máximo legal permitido para una infracción calificada de grave, pese a que se declara la ausencia de daño y peligro por no incorporar el desulfurizador en la central, denota la inclinación de la Superintendencia de, en este caso particular, aplicar un criterio disuasivo a los sujetos regulados, de fomentar el cumplimiento estricto de la RCA, con independencia de la ausencia de lesividad o daño que el incumplimiento genera. Ahora bien, desde una perspectiva meramente económica, cabe preguntarse si con la aplicación de este solo énfasis no se estará castigando la eficiencia en el desarrollo de los proyectos, obligando a éstos a adoptar todas las medidas de la RCA pese a ser ineficientes ambientalmente.

El Tercer Tribunal Ambiental se explaya latamente sobre la aplicación de estas circunstancias respaldando mayoritariamente los criterios utilizados por la Superintendencia[41], señalando, al igual que con la aplicación de la fórmula de cálculo de las sanciones que la Superintendencia tiene todas las atribuciones para realizar dichos cálculos.

39 Resolución SMA 421 pág. 84

40 Resolución SMA 421 pág. 93.

41 El único aspecto respecto del cual el tribunal ambiental no estuvo de acuerdo fue aquél relacionado con el artículo 40 letra d) de la LOSMA, referido a la "intencionalidad en la comisión de la infracción". La concurrencia de esta circunstancia fue desechada por la Superintendencia debido a que exigió la que el titular tenga un ánimo deliberado de daño como efecto de la infracción intencional. Sin embargo, para el Tercer Tribunal Ambiental este requisito no es exigido por la LOSMA, ordenando a la Superintendencia determinar la concurrencia de este criterio. Ver Sentencia R-6-2014, fs. 1051 y ss.

5. Conclusiones

• Para el derecho ambiental chileno las atribuciones de fiscalización y sanción de la Superintendencia son inéditas, lo que influirá fuertemente no sólo en la gestión pública ambiental sino que también en la propia conducta de quienes son entes fiscalizados por ella.

• El cumplimiento estricto de la RCA enfrenta dificultades prácticas asociadas a lejecución de los proyectos, siendo múltiples los aspectos que pueden diferir entre lo que se construya y ejecute, en relación con lo aprobado en la RCA. Lo anterior refuerza la necesidad de que las labores de fiscalización y los criterios utilizados por la Superintendencia para sancionar este tipo de incumplimiento sean desarrolladas con solidez procedimental y técnica que permitan apreciar el incumplimiento en su justa medida y contexto.

• La Resolución 421 constituye un real aporte doctrinario al entendimiento de los motivos del acto que sanciona las infracciones, constituyendo un avance respecto de las anteriores resoluciones de la Superintendencia. Habrá que esperar si la E. Corte Suprema confirma dicho criterio o entrega nuevas luces al respecto, las que se analizarán en su oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bermúdez, Jorge (2007). Fundamentos de Derecho Ambiental. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Boettiger, Camila (2010) “Nueva Institucionalidad Ambiental” en Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) Nº 22: 429.

DETERMINATION AND APPLICATION OF ADMINISTRATIVE FINES FOR ENVIRONMENTAL OFFENCES: Guidance for Environmental Enforcement Authorities in EECCA Countries.

García, José Francisco y Verdugo, Sergio (2019): “Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia un Gobierno de los Jueces? En Revista Libertad y Desarrollo N° 242.

Infante, Paloma (2014). Principales Desafíos de la Superintendencia del Medio Ambiente a un Año de su Entrada en Funcionamiento. En Anuario de Derecho Público 2014. Universidad Diego Portales.

Leiva, Felipe (2013). A propósito de Hidroaysén: Notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. (Actualidad Jurídica N° 27 -2013).

LA UNIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Edesio Carrasco Quiroga[1]

1. Introducción

El 24 de diciembre de 2013 entró en vigencia el D.S. N° 40, de 2012, que dispone un nuevo reglamento para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Luego de la entrada en vigencia de las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.417, quedaba pendiente, ya habiendo entrado en funcionamiento el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) y el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, que la regulación del procedimiento del SEIA se actualizara en conformidad a la nueva normativa.

Por eso, a un año de su entrada en vigencia, conviene detenerse en algunas de sus normas y revisar parte de su configuración jurídica. Muchos aspectos han sido modificados y otros, si bien mantienen una estructura similar a la que había, han sufrido cambios que ameritan detenerse en su análisis. Tal es el caso de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA). Como veremos más adelante, este acto administrativo terminal del procedimiento de evaluación y calificación ambiental de un proyecto o actividad que genera impactos ambientales, ha sido objeto de cambios en su estructura, cuyas consecuencias, creemos, todavía no se han estudiado detenidamente. De acuerdo al artículo 60 del reglamento, la RCA debe contener un conjunto de requisitos. No obstante, la misma norma, en su inciso tercero, señala que podrán omitirse las consideraciones técnicas cuando la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo, según sea el caso, aprueben íntegramente lo dispuesto en el Informe Consolidado de Evaluación (ICE), en la medida que se cumplan ciertas condiciones que la norma dispone. El ICE, acto administrativo previo a la RCA y propio del procedimiento de evaluación, constituiría, así, en caso que se cumplan ciertas condiciones dispuestas en la norma, el único acto que contendría, de manera sistemática, todas las consideraciones técnicas de todo proyecto o actividad, al cual la RCA sólo se remitiría.

En razón de lo expuesto, este artículo revisa esta situación a partir de la integridad que todo acto administrativo debe tener. Es, finalmente, la suficiencia o unidad de la RCA, como acto administrativo terminal del procedimiento de evaluación y calificación de un proyecto o actividad, lo que debe resguardarse para

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile y Master en Derecho Ambiental de la University of California at Berkeley. Profesor de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile

que se baste a sí misma. Por eso, este trabajo analiza este nuevo escenario a partir del derecho administrativo general y expone algunas dificultades que esta norma podría tener para efectos del control (impugnación), interpretación y posterior fiscalización y sanción de la RCA por parte de la SMA. Propone, también, caminos de solución a fin de resolver la dificultad descrita.

2. La unidad del acto administrativo

El artículo 41 de la Ley N° 19.800 dispone que las resoluciones que ponen termino a un procedimiento contendrán la decisión, sus fundamentos (inciso cuarto) y que la "*aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen a la misma*". De igual forma, el inciso primero del artículo 45 de la misma ley establece que la notificación de los actos administrativos deberá contener su texto íntegro.

Como bien lo ha señalado el profesor Jaime Arancibia, la motivación de un acto administrativo requiere "*expresar los fundamentos de hecho y de derecho del acto, pero la autarquía exige, además, que tales fundamentos estén contenidos en un solo documento*"[2]. Lo expuesto, por razones de certeza jurídica en razón de los destinatarios de un acto administrativo y sus posibilidades de impugnación o control, hace que la unidad del acto administrativo deba siempre ser mantenida a fin de no desnaturalizar su integridad y la decisión contenida en él.

En esos términos, la propia Contraloría General de la República (CGR) ha señalado, ya en el año 1984, por medio del Dictamen N° 33.006, que las facultades administrativas deben ejercerse en un "*procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste a sí mismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dichos instrumentos, tales como indicación en su texto de normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada, manifestación de voluntad de la autoridad respectiva que resuelve sobre la materia*".

Complementando el criterio expuesto, el mismo órgano de control ha dispuesto, además, por medio del Dictamen N° 26.212 de 2009, que la unidad o la autarquía del acto administrativo es necesaria pues "*obedece a razones de certeza y buena técnica administrativa y propende a la cabal protección de los derechos de los administrados. Ello, además, resulta de especial relevancia para el control jurídico de los actos administrativos como los de la especie* [*licitación*]".

A mayor abundamiento, la CGR también ha establecido, por medio del Dictamen N° 70.935, de 2011, que "*las circunstancias de hecho y los fundamentos*

2 Arancibia (2014), p. 21.

de derecho en base a los cuales se dicta un acto deben expresarse en el mismo, de manera que la sola lectura de su contenido permita conocer cuál fue el raciocinio de la autoridad administrativa para la adopción de la decisión".

3. El informe consolidado de evaluación y la resolución de calificación ambiental en el sistema de evaluación de impacto ambiental

Todo proyecto o actividad al ingresar al SEIA debe someterse a una instancia de evaluación y calificación. La primera (evaluación), está dada por los pronunciamientos fundados de los servicios públicos con competencia ambiental sobre un determinado proyecto o actividad, todo bajo la administración del SEA.

Esta etapa concluye una vez que se han subsanado todos los errores, omisiones o inexactitudes, por medio de un ICE. De esta forma y de manera previa a la calificación de un proyecto y su respectiva RCA, de acuerdo al artículo 9° bis de la Ley N° 19.300, la Comisión de Evaluación respectiva o el Director Ejecutivo, según sea el caso, calificarán un proyecto o actividad, debiendo aprobarlo o rechazarlo, sólo en virtud del ICE en lo que dice relación con sus aspectos normados. En los aspectos no normados, como lo es una "apropiada" medida de mitigación o compensación, existiría un margen de apreciación más amplio por parte del órgano calificador a fin de poder aceptar o no la recomendación del ICE, consistente en aprobar o rechazar un proyecto.

Concluida esta etapa, corresponde proseguir con el procedimiento administrativo de evaluación ambiental y dar paso a la segunda (calificación). En esta, la Comisión de Evaluación respectiva o el Director Ejecutivo en su caso, decidirán, finalmente, a partir de los antecedentes del proceso de evaluación y del contenido del ICE, aceptar (la Declaración de Impacto Ambiental, [DIA]), aprobar (el Estudio de Impacto Ambiental [EIA]) o rechazar (en ambos casos) un proyecto o actividad. El acto terminal que dará por concluido el procedimiento general de evaluación ambiental y en particular esta instancia, se denomina RCA, pudiendo ser favorable o desfavorable, dependiendo de la decisión adoptada.

Obtenida una RCA favorable, esta constituye una autorización de funcionamiento en la que, si bien existe seguridad jurídica y estabilidad de las normas, condiciones y medidas dispuestas en ella, eso no garantiza su inmutabilidad. Toda autorización, no estando exenta la RCA de esas circunstancias, puede verse alterada "*por la aprobación de una nueva normativa, del cambio de criterios de apreciación o de la alteración de las circunstancias bajo las cuales se otorgó la autorización*"[3]. Eso exige que la RCA se adapte en función de obligaciones de tracto sucesivo que ella genera en la medida que el titular del proyecto cumpla con las exigencias

3 Laguna de la Paz (2006), p. 283.

establecidas en ella. Es una autorización que deberá sujetarse al marco normativo, particular y territorial, que rige a cada proyecto o actividad, situación que a partir de la Ley N° 20.417 ya tiene una consagración legal en el artículo 25 *quinquies*, en la medida que las variables ambientales hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado. Naturalmente, la flexibilidad de toda RCA permite, entre otras cosas, incorporar cambios o mejoras tecnologías disponibles, pero también está sujeta a límites, tales como la seguridad jurídica, la confianza legítima, la proporcionalidad y la audiencia previa al interesado en caso que la revisión, total o parcial, de cualquier RCA, pretenda materializarse[4].

Así, la RCA es el acto terminal de la etapa de calificación de un proyecto que certifica que se cumple con la normativa ambiental aplicable al proyecto, se acompañaron los antecedentes necesarios para obtener los permisos ambientales sectoriales correspondiente y que dependiendo de la vía de ingreso (DIA o EIA), se asegura que no se generan efectos, características o circunstancias que ameriten la adopción de medidas de mitigación, compensación o reparación, o en su defecto, que este tipo de medidas, son apropiadas para hacerse cargo de los impactos adversamente significativos.

4. Nueva estructura de la resolución de calificación ambiental

Con motivo de la entrada en vigencia del nuevo D.S. N° 40, de 2012, la estructura de la RCA sufrió cambios que, en caso de cumplirse ciertos requisitos, no son triviales y pueden tener efectos jurídicos que valdría anticipar.

En efecto, el nuevo reglamento del SEIA, contenido en la norma previamente citada dispone en su artículo 60 lo siguiente:

"*Artículo 60.- Contenido mínimo de la Resolución de Calificación Ambiental. La resolución que califique el proyecto o actividad deberá cumplir las exigencias establecidas en el artículo 41 de la Ley N° 19.880, y además contener:*

a) Las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la resolución;
b) La consideración de las observaciones formuladas por la comunidad, si corresponde;
c) La calificación ambiental del proyecto o actividad, aprobándolo o rechazándolo;
d) En el caso de aprobación deberá señalar:
d.1 Las normas a las cuales deberá ajustarse la ejecución del proyecto o actividad, en todas sus fases, incluidos los permisos ambientales sectoriales;
d.2 Las condiciones o exigencias que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad en todas sus fases y aquéllas bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales que, de acuerdo con la legislación, deben emitir los órganos de la Administración del Estado;
d.3 Las medidas de mitigación, compensación y reparación, cuando corresponda, en los casos de los Estudios de Impacto Ambiental.
d.4 Las mediciones, análisis y demás datos que los titulares deberán proporcionar para el seguimiento y fiscalización del permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas referidas;
d.5 La gestión, acto o faena mínima del proyecto o actividad que dé cuenta del inicio de su ejecución, de modo sistemático y permanente;
d.6 Las fichas a que se refieren el literal l) del artículo 44 o el literal m) del artículo 56, según corresponda.

La Resolución de Calificación Ambiental podrá eximirse de lo señalado en la letra a), cuando la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo, según sea el caso, apruebe íntegramente lo señalado en el Informe Consolidado de Evaluación al cual se refieren los artículos 44 y 56 según corresponda, y así se exprese en dicha resolución, el que será parte integrante de la resolución, para todos los efectos.

Lo indicado en el presente artículo no obsta a las obligaciones de información que correspondan al Servicio en conformidad a las instrucciones de carácter general que dicte la Superintendencia, sobre la forma y modo de su remisión de acuerdo al artículo 32 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Tratándose de un proyecto o actividad del sector público, la resolución será obligatoria y deberá ser ponderada en la correspondiente evaluación socioeconómica de dicho proyecto o actividad que deberá efectuar el Ministerio de Desarrollo Social. Para estos efectos, se comunicará la resolución a dicho Ministerio".

De la norma transcrita se desprende que la RCA contendrá un conjunto de requisitos. No obstante, en caso que la Comisión de Evaluación respectiva o el Director Ejecutivo, según sea el caso, aprueben "íntegramente" el ICE, es decir, de manera total y entera, no sería necesario incorporar las "*consideraciones técnicas u otras en que se fundamente la resolución*" que la letra citada dispone. Naturalmente, lo demás contenido en el artículo 60 deberá ser incluido en la RCA, ya sea aprobando o no de manera íntegra el ICE por parte del órgano calificador.

A partir de lo expuesto, se hace evidente la pregunta de si es razonable que la RCA, en la medida que se cumpla el requisito señalado, pueda prescindir de las "*consideraciones técnicas u otras en que se fundamente la resolución*", aunque así señale en la resolución y el ICE sea parte integrante de esta. Todo proyecto o actividad

4 Véase, en sus aspectos pertinentes, Lara y Guerrero (2011), pp. 23-29.

que ingresa al SEIA tiene un componente técnico. Es más, el ejercicio de confeccionar una DIA o un EIA implica, en gran medida, una asesoría técnica o especializada, por lo que las consideraciones técnicas de un proyecto o actividad, cualquiera este sea, son sumamente relevantes. Se trata, finalmente, de entender cómo se construye, opera y cierra un proyecto o actividad; de comprender sus etapas y complejidades; de analizar sus posibilidades y límites, en cualquiera de sus formas; de saber el porqué de una determinada condición o medida y de los motivos que llevan a emplazar en un lugar u otro un determinado proyecto o actividad. Son las razones o fundamentos propios de una ciencia u arte. Nos referimos, también, a la metodología o sistema llevado adelante que permite explicar lo que se evaluó. En otras palabras, de darse esta situación –que ocurre en una altísima proporción de proyectos o actividades en que la Comisión de Evaluación no hace cambios al ICE– careceríamos, en el acto terminal (RCA), de la capacidad para entender cabalmente el proyecto o actividad, lo que no obsta a revisar el expediente de evaluación para dichos fines.

Lo señalado, creemos, puede generar inconvenientes. Por eso, se hace necesario analizar las consecuencias que una disposición como ésta puede tener. Hay aspectos relevantes de un proyecto o actividad (sus consideraciones técnicas y otras) que no estarán en la RCA. En esos términos, cuatro complejidades, propias de cualquier proyecto o actividad, en cualquiera de sus etapas o instancias de evaluación, control o fiscalización, nos parece, pueden presentarse.

5. Desafíos de la nueva estructura

En razón de lo señalado, es necesario que a futuro se consideren ciertos aspectos que requieren de un análisis más acabado a fin de consolidar un modelo definitivo de RCA, permanente en el tiempo y consistente con las nuevas disposiciones normativas, permitiendo modelar la forma en que esta será entendida por los distintos actores (comunidades, empresas y autoridades). Por lo anterior, a continuación se describen lineamientos, cursos de acción y advertencias, respecto de las consecuencias que esta nueva estructura puede tener:

5.1. Otras consideraciones

Debe precisarse, por parte del SEA, qué se entiende por "*otras consideraciones*". Para ello, debe especificarse si se trata de otras consideraciones técnicas o antecedentes adicionales referidos a otras materias que no requieren, de acuerdo al artículo 60, ser incluidas. En ello, debe avanzarse a fin de acotar más nítidamente lo que incluirán las futuras RCA y despejar esta generalidad. Asimismo, definir qué se entiende por consideraciones técnicas tampoco parece algo fácil, ya que lo dispuesto en las letras d.1 a d.6 del artículo 60 transcrito, tiene, en muchos casos, el carácter de técnico.

5.2. Impugnación de un acto intermedio

De acuerdo a la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativo que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, particularmente el inciso segundo del artículo 15, el inciso primero del artículo 18 y el artículo 41, no cabe duda que la RCA es el acto terminal del procedimiento de evaluación y calificación ambiental de un proyecto o actividad.

Pese a eso, la Corte Suprema ha tenido opiniones disímiles respecto a si un acto intermedio, como sería un ICE, un pronunciamiento de un servicio público dentro del proceso de evaluación o un Informe Consolidado de Solicitudes, Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA), actos propios de un procedimiento administrativo reglado, como lo es el SEIA, son susceptible de afectar la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación o de la igualdad ante la ley, si son ilegales o arbitrarios.

En *Campiche*[5], *Castilla I*[6] y *Río Cuervo*[7], por ejemplo, la Corte Suprema consideró, más allá del acto administrativo particular, que un acto intermedio, propio del procedimiento de evaluación y antes de haber culminado por medio de una RCA, es capaz de producir un agravio bajo el esquema de la acción de protección. Posición distinta ha manifestado la misma Magistratura en *Estacionamientos*[8] y *Planta CCU*[9], señalando que un acto intermedio no tendría la aptitud para amenazar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Por eso, el hecho que el ICE, ahora, como acto administrativo intermedio, pueda tener particularidades propias (como ser el único acto que pueda contener de manera sistemática las consideraciones técnicas del proyecto o actividad), lo convierte en un acto administrativo específico (terminal en cuanto a las consideraciones técnicas), el que si bien no tiene el carácter de terminal para efectos del procedimiento de evaluación, posee atributos que otros no tienen, ya que al consolidar las consideraciones técnicas (algo sumamente relevante en un proyecto), puede, eventualmente, producir algún tipo de indefensión (artículo 15 de la Ley N° 19.880) al no existir otro acto administrativo posterior que las sintetice, impidiendo, en consecuencia, hacer valer jurídicamente alguna ilegalidad o arbitrariedad en razón de ellas en la oportunidad correspondiente.

---

5 Sentencia de la Corte Suprema, de 22 de junio de 2099, Rol N° 1.219-2009.

6 Sentencia de la Corte Suprema, de 15 de noviembre de 2010, Rol N° 7.167-2010.

7 Sentencia de la Corte Suprema, de 11 de mayo de 2012, Rol N° 2.463-2012.

8 Sentencia de la Corte Suprema, de 26 de marzo de 2013, Rol N° 8-2013.

9 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel (no apelada), de 17 de marzo de 2014, Rol N° 349-2013.

De esta forma, por su singularidad, se transforma, con más fuerza que antes, en un acto administrativo cuyo escrutinio judicial puede hacerse más intenso, pudiendo, dicho acto, en el caso concreto, por arbitrariedades o ilegalidades asociadas a las consideraciones técnicas del proyecto o actividad, afectar un derecho constitucional reconocido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (CPR)[10]. De esta forma, se vuelve a abrir un frente que, a partir de la última jurisprudencia judicial propia de la acción de protección, ya venía consolidándose en orden a descartar los efectos o agravios que un acto administrativo de esta naturaleza podía tener, pese al reconocimiento que la Excma. Corte Suprema ha hecho de la competencia de los tribunales ambientales desde Costa Laguna en adelante[11].

5.3. La interpretación de una RCA

De igual forma, la interpretación de una RCA es un asunto importante en relación a lo que hemos comentado. De acuerdo al artículo 81 letra g) y lo dispuesto por la CGR, por medio del Dictamen N° 62.223, de 13 de septiembre de 2013, es el Director Ejecutivo del SEA el órgano competente para interpretar una RCA.

Si bien para determinar el sentido y alcance de un considerando o párrafo de una RCA, pueden utilizarse distintos criterios, el hecho que las consideraciones técnicas no estén en la RCA, sino en el ICE, tales como la descripción del proyecto, por ejemplo, obliga a recurrir al procedimiento de evaluación con el fin de determinar el sentido y alcance de una disposición si es confusa u obscura. Si bien la RCA, en principio, no sería el único acto administrativo a revisar al momento de interpretar una RCA (pese a su carácter terminal), el hecho de no contar con este tipo de consideraciones en ella dificulta interpretar, desde el inicio y de primera fuente, dicho acto administrativo. En consecuencia, obliga a recurrir a otros actos administrativo o actuaciones del titular, propias del procedimiento de evaluación (DIA o EIA, pronunciamientos de servicios públicos, ICSARA, ICE, etc.), a fin de interpretar adecuadamente una disposición. No sería suficiente, por sí misma, la RCA para determinarse, su real sentido y alcance.

Si bien esto no es estrictamente problemático, es recurrente que se soliciten interpretar aspectos que, precisamente, son parte de las consideraciones técnicas, por lo tanto, para determinar esos aspectos, en caso de concurrir el requisito que hemos comentado, habría que interpretar consideraciones que no necesariamente son parte de la RCA, lo que dificulta, jurídica y técnicamente, el objeto interpretativo, lo que se hace aplicable, también, para efectos de la revisión de cualquier RCA (artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300).

10 Para efectos de la discusión sobre actos administrativos intermedios o terminales, dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, véase Cordero y Costa (2012); y, Leppe (2013).

11 Sentencia de la Corte Suprema, de 29 de abril de 2014, Rol Nº 2894-2014.

5.4. Fiscalización y sanción

Por último, el hecho que las consideraciones técnicas puedan estar en otro acto administrativo (ICE), conlleva otro desafío: la fiscalización del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de una RCA, cuya función es propia de la SMA (letra a) del artículo 35 de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Medio Ambiente [“LOCSMA”]). Naturalmente, las condiciones y medidas de una RCA tienen un carácter técnico, pero para entenderlas, apropiadamente, de cumplirse los requisitos que hemos señalado, tendrá que recurrirse al ICE a fin de determinar si estas fueron o no cumplidas en relación a la descripción del proyecto y los objetivos que éste perseguía.

En consecuencia, el ejercicio fiscalizador será llevado adelante no sólo revisando o contrastando la RCA y las acciones u obras ejecutadas, sino también otros documentos, ya que la RCA no sería suficiente para determinar certeramente el cumplimiento o incumplimiento, en cualquier caso, de lo que el proyecto o actividad fue autorizado para desarrollar, lo que complejiza la tipicidad de una RCA en orden a determinar el ámbito de las normas, condiciones y medidas de ésta, y de los derechos y obligaciones correlativos que ella reconoce e impone al titular.

6. Palabras finales y propuestas

Las consideraciones técnicas de una RCA son muy relevantes, y el no definirlas o precisarlas en la RCA puede crear inconvenientes en los ámbitos que hemos descrito. Un proyecto es un todo complejo, que la RCA pretende sintetizar y dónde las consideraciones técnicas y jurídicas cumplen un rol esencial.

En razón de todo lo expuesto, las futuras RCA, en caso que se cumpla el requisito dispuesto en el referido artículo 60, debiesen, pese a la disposición normativa, incorporar breves consideraciones técnicas para evitar los inconvenientes señalados. Para ello, podría pensarse en un resumen ejecutivo de carácter técnico que recoja este tipo de consideraciones y así no separar elementos esenciales de una RCA en dos actos administrativos que rompan su unidad. Es decir, debiese avanzarse y fijarse criterios que permitan, al menos, tener un resumen ejecutivo del proyecto que permita sintetizar, entre otras cosas, la descripción de éste, su lugar de emplazamiento y superficie, su tipología, objetivo, etc., y así contribuir a despejar el carácter intermedio o terminal del ICE, ayudar a su interpretación y simplificar la fiscalización y sanción de las normas, condiciones y medidas de una RCA.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arancibia Mattar, Jaime: *La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República*, en Administración y Derecho, Homenaje a 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2014), pp. 21-34.

Costa Cordella, Ezio y Cordero Vega, Luis: *Comentario a la sentencia sobre el Proyecto Hidroeléctrico Río Cuervo*, en Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA, Diciembre 2012/N° 4., pp. 243-256.

Laguna de la Paz, José Carlos: La autorización administrativa, Thomson-Civitas, (2006), pp. 378.

Lara Arroyo, José Luis: *Aspectos críticos de la invalidación administrativa en la Ley 19.880: Análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a 8 años de si vigencia,* Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, N° 1, semestre 2, año 2011.

Leppe Guzmán, Juan Pablo: *Actos intermedios y recurso de protección ambiental*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLI, 2013, pp. 561-574.

JURISPRUDENCIA CITADA

Dictamen N° 33.006/1984, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 26.212/2009, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 70.935/2011, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 62.223/2013, de la Contraloría General de la República.

Sentencia de la Corte Suprema, de 22 de junio de 2099, Rol N° 1.219-2009.

Sentencia de la Corte Suprema, de 15 de noviembre de 2010, Rol N° 7.167-2010.

Sentencia de la Corte Suprema, de 11 de mayo de 2012, Rol N° 2.463-2012.

Sentencia de la Corte Suprema, de 26 de marzo de 2013, Rol N° 8-2013.

Sentencia de la Corte Suprema, de 29 de abril de 2014, Rol Nº 2894-2014.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel (no apelada), de 17 de marzo de 2014, Rol N° 349-2013.

ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS DE UN TITULAR INFRACTOR DE UNA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL: ¿UN CAMINO SIN SALIDA?

Juan José Eyzaguirre Lira[1] y Felipe Arévalo Cordero[2]

1. Introducción

Siguiendo el mandato constituyente, la Ley N° 19.300[3], de Bases Generales del Medio Ambiente, estableció el marco general normativo tendiente a "*la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental*"[4].

Así, todo el andamiaje normativo ambiental debe orientar su actuar a dicha finalidad, ya que *"la legislación ha sido dictada no para ser cumplida, sino para que a través de su cumplimiento puedan alcanzarse los propósitos buscados por ésta"*[5]. En el mismo sentido, se pronuncia Luis Cordero, al afirmar que *"el principal objetivo de los sistemas de fiscalización es que exista cumplimiento de las regulaciones ambientales de manera de evitar efectos adversos sobre el medio ambiente, por lo tanto su finalidad debiese ser esencialmente preventiva, para luego ser reactiva"*[6].

En este orden de cosas, la Ley N° 20.417[7] no sólo modificó la estructura institucional de fiscalización vigente, sino que también el paradigma represivo o sancionador imperante, incorporando disposiciones tendientes a facilitar el cumplimiento ambiental a través de los instrumentos de incentivo incorporados en los artículos 41, 42 y 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA). Así, el legislador, al diseñar un modelo institucional de fiscalización de "carácter incentivador" se hizo cargo de una de las principales recomendaciones formuladas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) respecto al desempeño ambiental del país. Ello fue expresamente recogido

1 Abogado Universidad Diego Portales. Master en Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Universidad de Northwestern School of Law of Lewis & Clark

2 Abogado P. Universidad Católica de Chile

3 Publicada en el Diario Oficial de fecha 6 de febrero de 1995.

4 Artículo 1° de la Ley N° 19.300.

5 HERRERO RUBIO, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010, Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 23, 2011.

6 LUIS CORDERO VEGA, Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile (2008), p.41.

7 Publicada en el Diario Oficial de fecha 26 de enero de 2010.

en el mensaje de la Ley N° 20.417, que señala en este aspecto que *"El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo".*[8]

Los instrumentos de incentivo al cumplimiento pueden ser conceptualizados como *"los mecanismos de interacción entre regulados y la administración en problemáticas ambientales, que tienen como leit motiv el establecimiento de alternativas beneficiosas para los primeros, bajo ciertas condiciones que en todo caso aseguran alguna clase de beneficio para la administración"*[9].

En este nuevo modelo de fiscalización, el legislador encomienda de manera exclusiva y excluyente a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) la fiscalización de los distintos instrumentos de gestión ambiental, dentro de los cuales se encuentran las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA)[10].

Por su parte, la Ley N° 19.300 es clara en designar a los titulares de proyectos como exclusivos responsables del cumplimiento de sus respectivas RCA, disponiendo que *"El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva"*[11].

Ante tal contexto, resulta de interés analizar los cursos de acción que el ordenamiento jurídico franquea a los administrados en los casos que éstos incumplan algunas de las condiciones, normas, requerimientos o disposiciones establecidas en sus respectivas RCA, y muy especialmente el rol en tal contexto de los instrumentos de incentivos al cumplimiento establecidos en la Ley N° 20.417.

Para tales efectos, en el presente trabajo se realiza un breve análisis de los principales instrumentos de incentivos al cumplimiento establecidos en la Ley N° 20.417, tanto del punto de vista de su diseño normativo como de su aplicación práctica durante los años en que han estado vigentes.

8 MENSAJE N° 352-356, de S.E. la Presidenta de la República, con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, de fecha 5 de junio de 2008, p. 14.

9 TAPIA ALVIAL, CLAUDIO, Incentivos al Cumplimiento Ambiental: Análisis Crítico a la Autodenuncia Ambiental, Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, p. 42, 2014.

10 Artículo 3° LOSMA: *"La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: a) Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen, de conformidad a lo establecido en esta ley."*

11 Artículo 24 inciso final, Ley N° 19.300.

2. Intangibilidad de los efectos de la RCA y la consecuente rigidez del SEIA

La RCA es un acto administrativo terminal que califica ambientalmente un proyecto o actividad, estableciendo las condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutarlas y aquéllas bajo las cuales se otorgarán los permisos que, de acuerdo con la legislación, deben emitir los organismos del Estado.

El artículo 3º de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración del Estado ("Ley N° 19.880"), define *acto administrativo* como *"las decisiones formales que emiten los órganos de la administración en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública",* y las *resoluciones* como *"los actos… que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión".* La RCA, en su calidad de acto administrativo, goza *"de presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando la ejecución de oficio por la autoridad administrativa*".

Complementando lo anterior, debe tenerse en cuenta que el procedimiento administrativo para la evaluación de proyectos o actividades que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"), constituye un procedimiento reglado, pues corresponde a "*un conjunto de actos administrativos vinculados a una determinada decisión de la autoridad a cuyo respecto la ley establece reglas precisas que deben respetarse por el órgano emisor, el que carece de facultades discrecionales, siendo imposible apartarse de tal normativa en cuanto a los requisitos de forma y fondo de cada uno de sus actos"*[12].

Es importante señalar que la RCA en cuanto acto administrativo terminal de un procedimiento reglado, sólo puede ser modificada por un acto de similares condiciones, substanciado frente a la autoridad competente. Esto se traduce en definitiva en dos posibilidades; o bien ingresar nuevamente a evaluación de impacto ambiental o someterse al procedimiento de revisión de la RCA establecido en el artículo 25 *quinquies* de la Ley N° 19.300. Dicha circunstancia genera dificultades significativas para los administrados, los que se encuentran obligados a cumplir exhaustivamente sus respectivas RCAs, las que en la mayoría de los casos se materializan en actos administrativos poco flexibles y con determinación de contenidos que carecen de relevancia ambiental. Ello conlleva en muchos casos a que los titulares de proyectos incumplan de una u otra forma sus RCA.

Según veremos posteriormente, en el contexto de infracciones a una RCA, la primera opción referida (ingresar al SEIA) puede presentar serias consecuencias

12 Dictamen Nº 20.477, de fecha 20 de mayo de 2003, de la Contraloría General de la República.

para el infractor. En tal caso, los instrumentos de incentivos al cumplimiento asoman como instancias muy relevantes a la hora de proveer de alternativas de cursos de acción a los titulares que se encuentran en una situación de incumplimiento de una RCA.

En virtud de lo anterior, a continuación se presenta un breve análisis de los principales instrumentos de incentivos de cumplimiento establecidos en la Ley N° 20.417.

3. Análisis de los Instrumentos de Incentivo al Cumplimiento Ambiental[13]

3.1. Asistencia a los fiscalizados para asegurar el cumplimiento de los instrumentos de gestión

Dentro de las variadas funciones encomendadas por la ley a la SMA, se encuentra el proporcionar asistencia a los regulados para asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental[14], así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos de gestión ambiental de competencia de esta Superintendencia. Este instrumento de gestión, no fue incluido en el mensaje presidencial que enviaba el proyecto de ley que terminaría por transformarse en la Ley N° 20.417, siendo recién incluido en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados. Pese a la relevancia que tiene este instrumento, reconocida sin cuestionamiento en la doctrina comparada, hasta la fecha no ha recibido un desarrollo legal ni reglamentario más allá de lo señalado escuetamente en el artículo 3° letra u) de la LOSMA[15].

3.2. Autodenuncia

La autodenuncia, como instrumento de incentivo al cumplimiento, se encuentra definida en el "Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación" (en adelante el "Reglamento") como la *"comunicación escrita efectuada por un infractor en las oficinas de la Superintendencia, sobre el hecho de estar cometiendo, por sí, cualquier infracción de competencia de ella"*[16].

13 Pese a que una parte de la doctrina incluye dentro de los instrumentos de gestión la denuncia pública y el registro de sanciones ambientales, los hemos excluido de nuestro análisis por considerar que no cumplen con el concepto de incentivo al cumplimiento planteada en este trabajo.

14 Artículo 3° letra u) de la LOSMA.

15 Artículo 3º.- *"La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: u) Proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de planes de cumplimiento o de reparación, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos individualizados en el artículo 2º de esta ley."*

16 Artículo 2° letra a) del Reglamento.

Respecto a los requisitos de procedencia que debe contener la autodenuncia, todos ellos guardan relación con el tipo y calidad de información que debe aportar el titular, debiendo ser ésta oportuna, precisa, verídica y comprobable respecto de:

i. Los hechos constitutivos de infracción (art. 41 inciso 3° LOSMA y art. 15 letra a) del Reglamento);

ii. Los efectos negativos generados por dichos hechos (art. 41 inciso 3° LOSMA y art. 15 letra a) del Reglamento);

iii. Las medidas adoptadas para poner fin inmediato a los hechos constitutivos de infracción (art. 41 inciso 3° LOSMA y art. 13 inciso 3° del Reglamento); y

iv. Las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos asociados a la infracción (art. 41 inciso 3° LOSMA y art. 15 letra b) del Reglamento).

Los principales efectos jurídicos de la autodenuncia (si es que ésta es admitida como tal por la SMA), son los siguientes:

i. Aceptada por parte de la SMA, la autodenuncia produce el efecto de eximir del monto de la multa al infractor[17]. Dada la lógica que motiva a la autodenuncia, cada vez que se ejecute, se gatilla necesariamente para el proponente la obligación de presentar y ejecutar satisfactoriamente un programa de cumplimiento.

ii. La ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento, como podría pensarse, no pone término al procedimiento, sino que obliga a la SMA, una vez definida la multa que decida aplicar, a eximir de ella al proponente, o bien aplicar una rebaja de ella en los casos de la segunda o tercera presentación.

iii. La ejecución insatisfactoria del programa de cumplimiento asociado a la autodenuncia, implica que se reiniciará el procedimiento administrativo y la Superintendencia procederá a determinar las multas correspondientes, en función de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, sin aplicar el agravante del artículo 42 inciso 5°.

17 Será de una 100% la primera vez que el infractor concurra ante la SMA, de un 75% en el caso de la segunda vez, de un 50% en el caso de la tercera.

iv. El programa de cumplimiento derivado de la presentación de una autodenuncia, no quedará sujeto a las limitaciones establecidas en el inciso 3° del artículo 42 de la LOSMA.

3.3. Presentación de un programa de cumplimiento dentro de un procedimiento sancionatorio

Regulado en el Artículo 42 de la LOSMA, el programa de cumplimiento consiste en un instrumento de incentivo al cumplimiento que se enmarca dentro de la existencia de un procedimiento sancionatorio, y que puede[18] ser presentado por el infractor dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución que formula cargos.

De acuerdo al artículo 7° del Reglamento, un programa de cumplimiento debe contener, al menos:

i. Una descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos.

ii. Plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento.

iii. Plan de seguimiento, que incluirá un cronograma de las acciones y metas, indicadores de cumplimiento, y la remisión de reportes periódicos sobre su grado de implementación.

iv. Información técnica y de costos estimados relativa al programa de cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad.

3.4. Presentación de una propuesta de plan de reparación de daño ambiental

Verificado en un procedimiento sancionatorio la existencia de daño ambiental, a efectos de evitar la presentación de la acción judicial de reparación de éste, el infractor tiene la posibilidad de presentar un plan de reparación. Dichos planes deben contener los objetivos y medidas de reparación del daño ambiental causado, que serán implementadas a costo del proponente y en el margen de tiempo que señale la autoridad, el cual puede ser presentado mientras no se haya notificado al infractor la resolución que provee la acción contemplada en el

18 Recordemos que en el caso de la existencia de una autodenuncia la presentación de un programa de cumplimiento tiene el carácter de obligatorio.

artículo 53 de la Ley N° 19.300 (acción reparatoria por daño ambiental) o aquella que provee alguna de las medidas cautelares contempladas en el artículo 24 de la Ley N° 20.600.

El beneficio que tiene aparejado este instrumento consiste en la posibilidad de dar pronto inicio a la reparación del daño ambiental producido por el incumplidor, sin intervención de la sede jurisdiccional y los costos vinculados a ella.

4. Análisis de alternativas y opciones provistas por el ordenamiento jurídico para un titular infractor de una RCA[19]

4.1. Regularización de un incumplimiento o desviación vía ingreso al SEIA

Esta opción, considerada históricamente como la más completa y segura forma de regularización de desviaciones de RCA, consiste en el sometimiento de éstas al SEIA, para que a través de dicho procedimiento la autoridad competente dicte otra RCA, incorporando en ellas las desviaciones o incumplimientos detectados.

Respecto a este mecanismo de regularización, resultan perentorias y definitivas las declaraciones realizadas pública y recientemente por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) señalando que el SEIA *"no es el espacio para atender y resolver problemas generados en decisiones inadecuadas o planificaciones equivocadas de parte de los proponentes de proyectos. No es el espacio para regularizar incumplimientos normativos o de disposiciones establecidos en la RCA"*[20].

Es decir, la propia autoridad evaluadora ha estimado que no es viable jurídicamente la regularización de desviaciones o incumplimientos de una RCA a través del SEIA. Es más, siguiendo tal interpretación ha actuado como denunciante ante sometimientos a evaluación ambiental de proyectos que conllevan actividades de "regularización".

Un caso emblemático que refleja lo referido precedentemente, lo constituye el acontecido con el procedimiento sancionatorio incoado por la SMA en contra de la Cía. Minera Maricunga, quien sometió a evaluación una Declaración de

19 Respecto a los instrumentos de incentivo al cumplimiento focalizaremos nuestro análisis en este apartado, respecto de las Autodenuncias y de los Programas de Cumplimiento, excluyendo los planes de reparación de daño ambiental por su baja utilización en la práctica administrativa de la SMA hasta la fecha.

20 http://www.sea.gob.cl/noticias/%E2%80%9Cel-seia-no-es-el-espacio-para-regularizar-incumplimientos-normativos%E2%80%9D, declaraciones de la Jefa del Departamento de Estudios de SEA en Expo APEMEC, 2014.

Impacto Ambiental que tenía como objetivo *"Realizar una actualización de los compromisos ambientales adquiridos en Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) anteriores…"*[21]. Ante tal presentación, el SEA de la Región de Atacama denunció ante la SMA a la referida compañía por "*incumplimientos a Resoluciones de Calificación Ambiental*"[22] .

Este último caso es relevante de analizar pues responde precisamente al caso del titular que desea "regularizar" ciertos aspectos que no se ajustan a su correspondiente RCA, y que por tal motivo somete a evaluación ambiental las referidas desviaciones. Como se señaló precedentemente, el SEA en cumplimiento de lo señalado en el artículo 59 de la LOSMA, que señala que "*los organismos sectoriales con competencia ambiental*[23] *que, en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de estas infracciones estarán obligados a denunciarlos a la Superintendencia"*, denunció tal hecho a la SMA, lo que finalmente redundo en una sustantiva multa en contra de la referida empresa minera.

A este respecto, discrepa el profesor Astorga para quien "los mecanismos jurídicos para la regularización de una RCA cuyos impactos no se comportaron según sus propios condicionamientos, conforme a sus efectos, características o circunstancias puede realizarse con un EIA una DIA, o mediante el procedimiento previsto en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300"[24].

Por su parte, una alternativa similar a la recién expuesta consiste, en la medida que los cambios fueran de una entidad menor, en la presentación al SEA de una Consulta de Pertinencia de Ingreso al SEIA. Sin embargo, esta institución ha visto significativamente restringida su aplicación debido a sucesivos pronunciamientos de la Contraloría General de la República quien ha dictaminado que el acto administrativo que resuelve una solicitud de pertinencia no tiene la entidad jurídica para modificar una RCA.

21 Declaración de Impacto Ambiental, sometida al SEIA por Compañía Minera Maricunga al SEA de Atacama, con fecha 28 de diciembre del año 2012, y Oficio Ordinario N° 37 de la Directora Regional (S) del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, de fecha 29 de enero de 2013.

22 De dicha denuncia la SMA inicio un proceso sancionatorio (D-016-2013) en contra de la empresa denunciada, en cual culminó con la Resolución Exenta N° 40, de fecha 29 de enero de 2014, que sancionó en total con 5.162 UTA a la empresa minera.

23 En este sentido, cabe cuestionarse si el SEA se encuentra dentro del concepto "Organismo Sectorial con Competencia Ambiental". Una mirada integrada de la Ley N° 20.417 nos permite entender que no. Así si se observa la forma en que se encuentra redactado el artículo 32 de la referida norma, puede apreciarse que distingue claramente entre el SEA y los organismos sectoriales con competencia ambiental: *"Artículo 32.- Para los efectos del artículo anterior, el Servicio de Evaluación Ambiental, los organismos sectoriales con competencia ambiental, los titulares de las Resoluciones de Calificación Ambiental y los demás sujetos a fiscalización de conformidad a esta ley, deberán proporcionar a la Superintendencia los siguientes antecedentes e informaciones"*.

24 ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno, Parte General,* 4° Edición Actualizada, Editorial Legal Publishing Chile, 2014, p. 309.

4.2. Autodenuncia

Habiendo transcurrido más de 18 meses desde la entrada en vigencia de esta institución, a la fecha sólo se han presentado cuatro autodenuncias de un total de 70 procesos sancionatorios al año 2013. Según las cifras oficiales entregadas por la SMA en su cuenta pública *"al cierre del año 2013, la SMA formuló cargos por infracciones de su competencia contra 70 titulares de proyectos o actividades afectas a alguno de los instrumentos de carácter ambiental de su competencia, siendo su origen en la mayor parte de los casos, una actividad de fiscalización. De dichos 70 procedimiento solo 4 de ellos se inició por medio de la institución de autodenuncia. Lo que corresponde al 5,7% del total"*[25].

De las referidas autodenuncias presentadas la autoridad rechazó dos de ellas, generando un precedente muy complejo en los administrados respecto de la conveniencia y procedencia de esta institución. Resulta interesante constatar que las referidas autodenuncias fueron presentadas durante el primer período de entrada de vigencia de la SMA, no habiéndose constatado posteriormente nuevas presentaciones.

La escasa y problemática aplicación de este instrumento lleva inexorablemente a preguntarse las razones que explican lo anterior. Sin perjuicio que estimamos existen ciertos aspectos complejos en su diseño normativo que imponen un estándar difícil de satisfacer, a nuestro juicio, la forma en que la autoridad ha interpretado los requisitos de procedencia de la autodenuncia asociados a la precisión, veracidad y posibilidad de verificación de la información proporcionada ha jugado un rol preponderante en su compleja aplicación.

En efecto, de la revisión de los casos referidos en que se han presentado autodenuncias y éstas han sido rechazadas por la autoridad fiscalizadora, aparece como común denominador el que la información provista por los titulares, al menos desde la perspectiva de la SMA, no satisfacía los requisitos del artículo 41 de la LOSMA, por ser información *imprecisa, incomprobable e inexacta*[26].

Entre los múltiples factores que pueden subyacer en la mencionada aplicación restringida de la SMA, existe uno que proviene de la propia Ley N° 20.417 y que dice relación con la obligación de la SMA de eximir completamente de la multa al infractor que se autodenuncie, aun cuando corresponda a una infracción gravísima que haya causado algún daño ambiental irreparable.

25 Cuenta Pública de la Superintendencia del Medio Ambiente, 2013.

26 Para mayores antecedentes revisar las Resoluciones Exentas N° 93 de la SMA, de fecha 30 de enero de 2013, en el caso de la primera autodenuncia Rol A-001-2013 (proyecto Quebrada Blanca) y N° 105, de fecha 31 de enero de 2013, en el caso de la segunda autodenuncia Rol A-002-2013 (proyecto Pascua Lama).

Lo anterior, puede haber inconscientemente predispuesto a nuestra autoridad fiscalizadora a extremar la revisión de admisibilidad de las autodenuncias, especialmente en aquellos casos de relevancia pública y mediática, a sabiendas que, de ser aceptadas, el infractor podría finalizar el procedimiento sin sanción alguna. Lo anterior es sin perjuicio de la posible hipótesis de que, coincidentemente, todas las primeras autodenuncias adolecieran de vicios de fondo.

En un ordenamiento jurídico de fiscalización, en el que históricamente su foco ha estado centrado en la imposición de sanciones, no resulta de extrañar que se generen dificultades en la aplicación de instrumentos de incentivos al cumplimiento, más aún cuando éstos pueden derivar en la inexistencia total de una sanción.

Respecto a la exención completa de la multa en caso de ser acogida la autodenuncia, la doctrina comparada se pronuncia en términos generales en contra, exigiendo por razones de justicia que al menos se sancione con un equivalente al beneficio económico obtenido por el infractor: *"El modelo comparado de cumplimiento de la EPA nos enseña que es indispensable que la entidad sancionadora recupere al menos el beneficio económico que el infractor obtiene con el incumplimiento, para mantener nivelado el terreno donde los actores económicos se desenvuelven, lo que no ocurre con la autodenuncia y con la posibilidad de ejecutar programas de cumplimiento en el proceso sancionatorio"*[27].

Los precedentes administrativos generados en estos casos, especialmente los de alta relevancia mediática, al parecer han sentado un precedente en el ideario colectivo de los titulares de proyectos, convenciéndoles que resulta ineficiente, por no decir riesgoso, presentar una autodenuncia y que esta fuera aceptada por la SMA.

Por otro lado, nos parece importante hacer notar que la SMA ha utilizado las autodenuncias rechazadas como base fundamental para iniciar procesos sancionatorios, es decir, ha utilizado la información provista por el propio autodenunciante en un contexto de "beneficio" para éste, para posteriormente utilizarlo en su contra.

Evidentemente, si el titular ha entregado herramientas muy precisas de fiscalización a la autoridad, queda en una posición desmejorada respecto a la simple inactividad o pasividad en la que podría quedarse cualquier infractor que no ha optado por la autodenuncia.

Asimismo, existirían ciertos incumplimientos que quedarían fuera de la órbita de este instrumento. En efecto, quedarán fuera todos aquellos incumplimientos

27 IVÁN POKLEPOVIC MEERSOHN, "Análisis Crítico del Sistema de Incentivos al Cumplimiento Ambiental de la Ley N° 20.417, que Crea la Superintendencia del Medio Ambiente", Actas de las Quintas Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile (2010), p. 195.

que el infractor no logre demostrar, según la interpretación de la SMA, la precisión, completitud y veracidad de la información proporcionada como autodenuncia.

Para este tipo de incumplimientos, en la práctica no existiría la posibilidad de ser subsanados sin ser sancionados por la SMA.

4.3. Programa de cumplimiento

Según las cifras entregadas por la SMA en su cuenta pública, de los 70 procedimientos sancionatorios iniciados durante el 2013, solo en 32 de ellos se presentaron programas de cumplimiento[28]. Las cifras antes indicadas, pueden explicarse por el grado y cantidad de limitaciones que presenta la procedencia del referido instrumento de incentivo. En este sentido, la misma SMA entrega luces del por qué en más de la mitad de los procesos sancionatorios los titulares no se acogieron a este incentivo de cumplimiento:

"Así, la cantidad de titulares que optaron por no presentar un programa de cumplimiento tuvieron en consideración, al menos, los siguientes aspectos: por un lado, que las infracciones levantadas o parte de ellas no eran efectivas y por lo tanto no reconocen su infracción y, por el requisito de integridad de los programas de cumplimiento, imposibilita su admisión; y por otro, que el titular haya estimado que el regreso al cumplimiento no tenía factibilidad en un plazo razonable o implicaba modificar su permiso ambiental, materia que esta Superintendencia ha estimado en contradicción con el espíritu del instrumento, que es volver al cumplimiento del instrumento ambiental incumplido"[29].

Por de pronto, el acotado plazo para su presentación (de 10 días)[30], en muchos casos puede convertirse en un impedimento logístico para los titulares para contar con medidas suficientes para remediar los efectos negativos producidos por el incumplimiento investigado. Por último, pero quizás el más trascendente de todos, según la interpretación dada por la SMA, en los programas de cumplimiento no se podría presentar acciones que impliquen cambios a las normas, medidas o condiciones establecidas en la RCA o en la norma ya infringida[31].

Al igual que en el caso de la autodenuncia, en el caso de los programas de cumplimiento podrían eventualmente quedar fuera de su ámbito de aplicación los siguientes casos:

28 Cuenta Pública SMA, 2013, p. 78.
29 Cuenta Pública SMA, 2013, p. 79.
30 Originalmente este plazo correspondía a 5 días (en el mensaje presidencial).
31 Guía para presentar Programas de cumplimiento. SMA

i. Aquellos incumplimientos que *el titular haya estimado que el regreso al cumplimiento no tenía factibilidad en un plazo razonable,* o

ii. Aquellos en que alguna parte del programa implicara modificar en algún sentido la RCA a la cual acceden.

Para este tipo de incumplimientos, tampoco existiría una posibilidad de ser subsanados sin ser sancionados por la SMA.

5. Conclusiones

1. La RCA en cuanto acto administrativo terminal de un procedimiento reglado, sólo puede ser modificada por un acto de similares condiciones, substanciado frente a la autoridad competente.

2. Dicha circunstancia genera dificultades significativas para los administrados, los que se encuentran obligados a cumplir exhaustivamente sus respectivas RCAs, las que en la mayoría de los casos se materializan en actos administrativos poco flexibles y con determinación de contenidos que carecen de relevancia ambiental.

3. Ello conlleva en muchos casos a que los titulares de proyectos se enfrenten a la compleja decisión de determinar el curso de acción óptimo tendiente a regularizar desviaciones experimentadas en sus respectivos proyectos.

4. Hasta hace poco tiempo, el curso de acción por antonomasia consistía en el sometimiento de las desviaciones o incumplimientos detectados al SEIA, para que a través de dicho procedimiento la autoridad competente dictara una nueva RCA, incorporando en ella las desviaciones o incumplimientos detectados.

5. Esta opción de regularización de desviaciones a través del SEIA se ha tornado inviable producto de interpretaciones administrativas que señalan que la evaluación ambiental no constituye el foro adecuado para regularizar incumplimientos. Lo anterior se ha visto además agravado por denuncias formuladas por el SEA ante la SMA, en casos de titulares que han sometido sus desviaciones a evaluación ambiental.

6. En tal contexto, los instrumentos de incentivos al cumplimiento incorporados por la Ley N° 20.417 asoman como herramientas relevantes a la hora de proveer de alternativas de cursos de acción ante desviaciones de lo preceptuado por las respectivas RCA.

7. De la revisión de la experiencia acumulada hasta la fecha, ha sido posible apreciar que los instrumentos de incentivo de cumplimiento han sido subutilizados por los administrados. Por su parte, de aquellos instrumentos presentados, un porcentaje relevante de ellos ha experimentado complicaciones en su tramitación, constatándose en algunos casos la ocurrencia de escenarios aún más negativos para quienes optaron por la utilización de estos incentivos.

8. Asimismo, pudo constatarse que un segmento importante de desviaciones o incumplimientos, ya sea por su naturaleza o por la práctica administrativa llevada a cabo por la SMA, quedarían excluidos del ámbito de aplicación de los instrumentos de incentivo al cumplimiento.

9. Frente a tal escenario, en nuestra opinión no estarían dadas las condiciones ni los supuestos mínimos necesarios para una correcta y eficiente aplicación de los instrumentos de incentivos al cumplimiento.

10. Ello, a nuestro juicio, estaría incidiendo sustantivamente a favor de la "inactividad" de los titulares en desmedro de la opción de utilizar algún instrumento de incentivo contemplado en la ley con miras a regularizar potenciales desviaciones respecto de lo establecido en una RCA. Lo anterior, a todas luces no se condice con el objetivo primario y fundamental del régimen jurídico ambiental vigente, consistente en la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental.

11. Evidentemente, la situación actual amerita considerar un replanteamiento del diseño normativo vigente y de los criterios administrativos de implementación de manera de revertir su escasa y compleja aplicación. Algunas propuestas a explorar podrían ser las siguientes:

a) Respecto a los inconvenientes suscitados por la dificultad de modificar una RCA, una forma de atenuarlo podría consistir en introducir algún mecanismo de actualización de las RCAs ya obtenidas, transcurrido un plazo determinado (caso del sistema argentino), sin necesidad de ingresar obligatoriamente a evaluación ambiental.

b) En relación a la autodenuncia, podría evaluarse la modificación del actual marco normativo respecto de: i) la eliminación de la obligación de eximir un 100% de la sanción, debiendo a lo menos determinar un monto que sea equivalente al beneficio económico obtenido por el infractor, ii) que en caso de rechazo de la autodenuncia, podría reconocerse cierto efecto (reducido) a las autodenuncias que no cumplieran a cabalidad con los requisitos de admisibilidad exigidos, y iii) que no aplique a infracciones gravísimas con resultado de daño ambiental, o una mezcla de ellas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Astorga Jorquera, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno, Parte General*, 4° Edición Actualizada, Editorial Legal Publishing Chile, 2014, p. 282,

Cordero Vega, Luis. Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile (2008), p. 29.

Herrero Rubio, Javiera. Análisis de las competencias de fiscalización ambiental en el contexto de la reforma del 2010, Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011.

Mensaje N° 352-356, de S.E. la Presidenta de la República, con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, de fecha 5 de junio de 2008.

Poklepovic Meersohn, Iván. Análisis Crítico del Sistema de Incentivos al Cumplimiento Ambiental de la Ley N° 20.417, que Crea la Superintendencia del Medio Ambiente, Actas de las Quintas Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile (2010), p. 175.

SNIFA. Sistema Nacional de Información y Fiscalización Ambiental. [en línea] <http://portalsnifa.sma.gob.cl/ProcesosSancionatorios.aspx>

Superintendencia del Medio Ambiente, *Cuenta Pública, Programa y Subprogramas de Fiscalización 2013.*

Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía para asistir al regulado en la presentación de Programa de Cumplimiento,* julio 2013.

Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía Práctica de Asistencia para la Presentación de Autodenuncias,* octubre 2013.

Tapia Alvial, Claudio. *Incentivos al Cumplimiento Ambiental: Análisis Crítico a la Autodenuncia Ambiental,* Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2014.

NORMAS CITADAS

Decreto N° 30. CHILE. Aprueba reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Diario oficial de la República de Chile. Ministerio del Medio Ambiente. Santiago, Chile, 11 de febrero de 2013.

Ley N° 20.417. CHILE. Crea el Ministerio, El Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario oficial de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile, 26 de enero del 2010.

Ley N° 19.300. CHILE. Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente. Diario oficial de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile, 9 de marzo de 1994.

Resolución Exenta N° 5. CHILE. Instruye a funcionarios de la unidad de instrucción de procedimientos sancionatorios, criterios generales para la tramitación de las autodenuncias y programas de cumplimiento. Diario oficial de la República de Chile. Ministerio del Medio Ambiente y Superintendencia del Medio Ambiente. Santiago, Chile, 10 de enero del 2013.

TRATAMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL NUEVO REGLAMENTO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: PANORAMA SUCINTO

Felipe Meneses Sotelo[1]

1. Introducción

Desde la dictación del Decreto Supremo N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores[2], que promulgó el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo ("Convenio 169") y, particularmente desde su entrada en vigencia el 15 de septiembre del año 2009, se ha generado un proceso implementación complejo y cruzado por el debate.

Una buena parte de los avances registrados en la materia se explican, en esta opinión, por la intervención del Tribunal Constitucional ("TC"), que ya en el año 2000 explicitó que las disposiciones contenidas en el Convenio 169 referidas a la participación y consulta a los pueblos indígenas ("consulta indígena") son auto-ejecutables, esto es, tienen "*el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno*"[3].

---

1 Abogado P. Universidad Católica de Chile (2001) y Master of International Service de American University (2005). Agradezco a Antonia Vergara por la revisión a la prueba de este artículo. También a Paulina Gálvez Valdebenito quien procesó buena parte de las sentencias que se citan en este texto.

2 Diario Oficial del 14 de octubre del año 2008.

3 Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 309-2000 del 04 de agosto del año 2000. Considerando N°48 letra a). El texto completo del considerando citado, señala que "*Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina "self executing" y "non self executing".*

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva. Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas autoejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.
Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para imple-

Contrariamente a lo que sugiere la noción de norma auto-ejecutable utilizada por el TC[4], en la práctica, el regulador se ha visto frente la necesidad de crear nuevos reglamentos que permitan implementar los mecanismos de participación y consulta indígena, cuestión que ha sido reclamada, por diversas razones y en distintos tonos, tanto desde el mundo indígena como del empresarial.

Dado que la consulta indígena procede de conformidad al Convenio 169, cada vez que se pretende implementar una medida administrativa o legislativa

mentarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a las Constitución, ellos serán decididos en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.
Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no ejecutables y por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe -en esta instancia jurisdiccional- pronunciarse sobre su constitucionalidad".

4 Eduardo Jiménez de Aréchaga señala de manera, a mi juicio, esclarecedora que: "*El concepto de disposiciones auto-ejecutivas y las razones fundamentales que originan esa noción, han sido elaborados por la doctrina y la práctica del Derecho Internacional con respecto a la aplicación de estipulaciones contenidas en tratados internacionales invocados por un individuo ante un juez. No obstante, ese concepto puede también extenderse a las normas del Derecho Internacional consuetudinario. Se puede hablar también de reglas de la costumbre internacional ejecutables por sí mismas ("self-executing").*

La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma ("self-executing") cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad.

Se habla de auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. La fórmula utilizada por Marshall, célebre Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es que una norma es ejecutable por sí misma (self-executing) "toda vez que opere por sí sin ayuda de una disposición legislativa".

Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva; primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.

La existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma ("self-executing") depende fundamentalmente de la intención de las Partes Contratantes. Tal norma existe cuando las Partes han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita ante el juez la aplicación de esa norma en su favor. Como ha dicho la Corte Permanente de Justicia Internacional "no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las Partes Contratantes, puede ser la adopción por las Partes de algunas reglas definidas que cree derechos y obligaciones y susceptibles de ser ejecutadas por los tribunales nacionales". JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", en *Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, FCU, Montevideo, 1988. p. 29.

susceptible de afectar directamente a uno o más pueblos indígenas, se ha estimado que la producción de los textos reglamentarios a que se alude en el párrafo anterior, está sujeta, a su vez, a la obligación de consulta indígena cuestión que, amén de paradojal, ha derivado en un proceso complejo y de difícil conclusión[5].

La paradoja descrita no sólo ha envuelto complejidad procesal –determinar qué regulaciones impulsar, a quién convocar a la discusión y cómo alcanzar acuerdos o descartarlos- sino que, más importante aún, se relaciona directamente con el grado de legitimidad que se reconocerá a las normas reglamentarias y, en consecuencia, con el mayor o menor nivel de adhesión con las decisiones que en el futuro se adopten en virtud de las mismas.

El presente artículo tiene por propósito analizar e identificar los aspectos más relevantes contenidos en el Decreto Supremo N°40, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("DS 40/2012" o "Reglamento del SEIA"), publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 2013 y vigente desde el 24 de diciembre del mismo año, que inciden sobre este asunto e intentan zanjar un conjunto de discusiones, hasta ahora, fuertemente debatidas.

2. La noción de pueblo indígena, etnia indígena y población protegida para efectos del SEIA

La primera novedad que se advierte al comparar el DS 95/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República y el DS 40/2012, consiste en que este último, en su artículo 2° literal h) primer párrafo, conceptualiza, por primera vez, lo que debe entenderse por "pueblos indígenas" para los efectos del SEIA. La citada norma dispone que:

> "*Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas, aquellos que define el artículo N°1, literal b) del Convenio 169 de la OIT, reconocidos en el artículo primero inciso segundo de la ley 19.253".*

Llama la atención que la norma efectúe dos referencias sucesivas: la primera, al artículo 1°, literal b) del Convenio 169 de la OIT, que utiliza la expresión "pueblos indígenas" y, la segunda, al artículo 1°, inciso 2°, de la Ley N° 19.253,

5 A esto se ha llamado "la consulta de la consulta"; la autoridad administrativa ha debido someter el proceso de creación reglamentaria destinado a regular los mecanismos de participación y consulta, a su vez, a los estándares del Convenio 169 que prescribe que debe consultarse toda aquella medida administrativa o legislativa, susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Dicho proceso ha tenido como resultado la reciente dictación el D.S. N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, que deroga el D.S. 124 de 4 de septiembre de 2009 el que, sin embargo, no estaba siendo aplicado.

Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena ("Ley N° 19.253"), que identifica a las "etnias indígenas" existentes en Chile.

La primera de las normas –el artículo 1°, literal b) del Convenio 169- señala que este se aplica a:

> "*los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*"[6].

La segunda de las normas que articula la definición de "pueblos indígenas" contenida en el DS 40/2012, es el artículo 1°, inciso 2°, de la Ley N° 19.253. A diferencia de lo que sucede con la norma transcrita en el párrafo anterior -que procede por descripción de elementos comunes- la presente norma lista a las principales etnias indígenas reconocidas por el Estado de Chile y señala, circunstanciadamente, que son:

> *"la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes".*

En conclusión, si bien el DS 40/2012 recurre a la amplia noción de pueblo indígena del Convenio 169, a continuación restringe su alcance para señalar que serán consideradas tales, aquellas etnias reconocidas por el Estado de Chile a través de la Ley N° 19.253[7]. Lo anterior, implica que la participación indígena es posible, sólo en la medida que el colectivo adscriba a alguna de las etnias reconocidas por ley.

Por último, hacemos presente que el DS 40/2012 en su artículo 8° establece, además, que se entenderá que los pueblos indígenas independiente de su forma de

6 El mismo artículo del Convenio, en su numeral 2, introduce una consideración de carácter subjetivo que permite completar la noción de "pueblo indígena" al señalar que "*La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio"*. En relación con esto, si bien la Ley N° 19.253, en su artículo 2°, letra c) parte final, reconoce la existencia de un componente subjetivo en la determinación de la identidad indígena, lo hace únicamente en relación con la calificación indígena de individuos y no de grupos.

7 Al respecto, es conveniente recordar que mediante la Ley N° 20.117, de 2006, el Estado reconoció la existencia de la etnia Diaguita, hasta entonces omitida en el listado contenido en la Ley N° 19.253.

organización, son "poblaciones protegidas"; con lo que las expresiones "pueblo indígena", "etnia indígena" y "población protegida" deben ser consideradas sinónimos, al menos, para los efectos de la aplicación de las normas del DS 40/2012.

3. Los impactos significativos en la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente y la afectación directa del Convenio 169

3.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema como antecedente del DS 40/2012

La entrada en vigencia del Convenio 169 en el año 2009 enfrentó a los jueces con la urgencia de dar contenido a las normas sobre consulta indígena, a efectos de resolver casos concretos, sin contar con más herramienta que la interpretación judicial. El desafío central consistía en dilucidar qué sentido debía darse a los numerosos supuestos establecidos en el Convenio 169 y, a partir de ahí, determinar cuál sería el alcance que estas normas tendrían en el marco de la evaluación ambiental de proyectos.

Al respecto, el artículo 6° del Convenio 169 dispuso que, al aplicar sus disposiciones, los gobiernos deberían consultar a las instituciones representativas de los pueblos indígenas "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". De ahí que, en el ámbito ambiental, surgieran un conjunto de preguntas que interpelaban directamente a la autoridad, entre otras: ¿debe considerarse la resolución de calificación ambiental de un proyecto como una medida administrativa? y, en tal evento, ¿en qué casos puede considerarse que tiene la potencialidad de afectar directamente a un pueblo indígena?

Ambas respuestas fueron dadas por las Cortes y, fundamentalmente, por la Excma. Corte Suprema ("Corte Suprema"), en fallos sucesivos dictados entre los años 2010 a 2012[8]. Como podrá suponerse, no hay un único fallo que haya resuelto

8 Para los efectos de las citas y referencias contenidas en esta publicación se tuvieron en cuenta los siguientes fallos:

1) Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta, Corte Suprema, Recurso de Protección, Rol N° 258/2011, Sentencia de 13 de julio de 2011.
2) Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Lagos, Corte Suprema, Recurso de Protección, Rol N° 10.090/2011.
3) Comunidad Indígena Manuel Marillanca y otro con Comisión de Evaluación de la Región de la Araucanía, Corte Suprema, Rol N° 12457/2013, Sentencia de 16 de enero de 2013.
4) Faumelisa Manquepillan c. c/ Com. Medio Ambiente, Corte Suprema, Recurso de Protección, Rol N° 6.062/2010, Sentencia de 4 de enero de 2011.
5) Javier Nahuelpan y otros c/ Corema Región De Los Ríos, Corte Suprema, Recurso de Protección,

todos estos asuntos, sino que las respuestas se fueron estructurando sobre la base de una jurisprudencia consistente que aplicó reiteradamente determinadas pautas que es posible rastrear.

La respuesta a la primera pregunta (¿debe considerarse la resolución de calificación ambiental de un proyecto como una medida administrativa?), es afirmativa y carece de mayor desarrollo en las sentencias dictadas hasta la fecha. Dicho de otro modo, pareciera que no existe duda en torno a que la resolución de calificación ambiental cabe dentro de la amplia noción de "medida administrativa" para los efectos de la aplicación del Convenio 169, al punto que el asunto no ha merecido mayor reflexión por parte del sentenciador.

La respuesta a la segunda pregunta (¿en qué casos puede considerarse que el acto tiene la potencialidad de afectar directamente a un pueblo indígena?) ha sido, en cambio, explícita. Los fallos de la Corte Suprema, con mayor o menor claridad, asimilan la presencia de un "impacto significativo"[9] de la Ley N° 19.300, con la "afectación directa" a que se refiere el Convenio 169.

Al respecto, la sentencia de 17 de mayo de 2010, recaída en recurso de protección Rol N° 1.525/2010[10], señala en su considerando duodécimo:

> *"Que como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado -de manera indefectible- que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por lo tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación*".

Rol N° 4.078/2010, Sentencia de 14 de octubre de 2010.
Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá, Corte Suprema, Recurso de Protección Rol N° 11.040/2011, Sentencia de 30 de marzo de 2012.

Puelman Ñanco Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de La Araucanía, Corte Suprema, Recurso de Protección Rol N° 1.525/2010, Sentencia de 17 de mayo de 2010.

9 A los impactos ambientales descritos en los diversos literales del artículo 11 de la Ley 19.300 se les ha denominado, usualmente, "impactos significativos", apelativo útil para señalar que su ocurrencia, en cualquier fase de un proyecto, es causa suficiente para la presentación de un EIA, el que está sujeto a normas sustantivas y procedimentales más exigentes que aquellas reservadas a la generalidad de los proyectos. Decimos que se trata de un apelativo inexacto, por cuanto de las causales listadas en el citado artículo sólo tres utilizan el adjetivo "significativo" para calificar los impactos (literales b), c) y e) del artículo 11), en tanto que el resto son definidas por medio de otros conceptos (por ej.: riesgo, alteración).

10 Sentencia de 17 de mayo de 2010. Recurso de Protección Rol N° 1.525/2010, caratulado *"Puelman Ñanco Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de La Araucanía"*.

La redacción del considerando es un tanto oscura: señala que la "afectación directa" en términos del Convenio 169, supone la existencia de impactos ambientales significativos, en circunstancias que, más bien, parece ser lo contrario; pero lo que no oculta, es que impacto significativo y afectación directa se suponen uno a la otra.

Alguna mayor claridad aporta la sentencia de 4 de enero de 2011 recaída en el recurso de Protección Rol N° 6.062/2010[11] -relativo al proyecto "Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli"-que en sus considerandos segundo y tercero señala:

> "(…) *la existencia de una estación de transferencia* [de residuos] *de esa naturaleza desde luego genera un riesgo para la salud de la población aledaña, de manera que (...) tal proyecto requería para su aprobación de la existencia de un Estudio de Impacto Ambiental. TERCERO: Que lo anterior importa que en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N°169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales".*

Como es posible observar en este último caso, a partir del expediente ambiental, el sentenciador deduce la existencia de un impacto significativo y, en consecuencia, la necesidad de someter el proyecto a evaluación por la vía de un EIA, el que viabiliza la participación ciudadana. Tal participación, en el caso específico sometido a fallo, debe someterse, además, a los estándares fijados por el Convenio 169.

El fallo citado resulta de significativo interés, pues no sólo reitera que "impacto significativo" y "afectación directa" son términos, por así decirlo, intercambiables, sino porque, además, supone que la consulta indígena puede realizarse dentro del marco general de participación ciudadana establecida en la Ley N° 19.300, en tanto ella se ajuste a los supuestos establecidos en el Convenio 169[12], cuestión, esta última, fuertemente contendida durante la preparación del DS 40/2012 y aún después de su entrada en vigencia.

11 Sentencia de 4 de enero de 2011. Recurso de Protección Rol N° 6.062/2010, caratulado "*Faumelisa Manquepillan c. c/ Com. Medio Ambiente"*.

12 El artículo 6.1. del Convenio 169 señala que la consulta indígena debe efectuarse "*mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas* [de los pueblos indígenas]*"*, y el artículo 6.2., dispone que, además, deberá "*efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*".

Existen otros registros interesantes sobre la identificación que el sentenciador ha hecho de los términos afectación directa e impacto significativo[13]. Por motivos de extensión y atendido el propósito del presente artículo, me limito a citar tan sólo dos que se pronunciaron tempranamente sobre el asunto. Ellos permiten observar de qué manera la actividad de la Corte Suprema ha influido en la redacción de los artículos pertinentes del DS 40/2012 a los que me referiré a continuación.

3.2. Impactos significativos y sus efectos a la luz del DS 40/2012

La regla general en materia de evaluación ambiental, indica que los proyectos sometidos al SEIA deben hacerlo a través de una DIA; documento generalmente sencillo que constituye una declaración jurada sobre el cumplimiento de la normativa ambiental, a la vez que una demostración de que el respectivo proyecto no causa impactos significativos. A *contrario sensu*, una fracción menor de esos proyectos o actividades deben someterse al SEIA vía un EIA supuesto que -como señalan los artículos 11 de la Ley N° 19.300 y 4° del DS 40/2012- generen o presenten alguno de los "*efectos, características o circunstancias contempladas en el artículo 11 de la Ley*".

Al igual que sucedía con el reglamento que le antecedió, el DS 40/2012 desarrolla en artículos independientes cada una de las letras del artículo 11 de la Ley N° 19.300, detallando los supuestos a que debe atenderse para establecer en qué casos un proyecto o actividad genera o presenta un impacto significativo. La mayor novedad que presenta el DS 40/2012, está dada por la incorporación de la noción de "pueblo indígena" como variable a ser tenida en cuenta en el análisis de cada uno de ellos.

A continuación, me refiero a cada uno de esos artículos y a la manera en que el regulador ha resuelto el asunto de la afectación a los pueblos indígenas. En esta exposición no se sigue el orden correlativo del articulado reglamentario, sino el que ha parecido más claro para la exposición de las normas en análisis.

13 Entre otros de interés, el fallo de la Corte Suprema recaído, más recientemente, en recurso de protección "Comunidad Indígena Manuel Marillanca y otro con Comisión de Evaluación de la Región de la Araucanía", que en su considerando quinto señala: "*Que en virtud de lo establecido, no hay antecedentes suficientes que logren convencer de que el corte de ocho araucarias en el sector específicamente señalado pueda provocar una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres del grupo reclamante, puesto que no afecta viviendas, servicios, accesos o sitios de significación cultural, teniendo en consideración básicamente el número de árboles que serán cortados y su emplazamiento preciso dentro del área de influencia del proyecto, de modo que es dable presumir que tal circunstancia no producirá un cambio relevante en la situación actual concerniente a la actividad de recolección de piñones. En otras palabras, no se ha probado en dicho contexto fáctico ningún impacto concreto a la comunidad aledaña que pueda generar el proyecto". Sentencia de 16 de enero de 2013, Rol N° 12.457/2013.*

3.2.1. Artículo 5° del DS 40/2012: Riesgo para la salud de la población

El artículo 5° del DS 40/2012 desarrolla la generación o presencia de un "*riesgo para la salud de la població*n" como causal de ingreso al SEIA por la vía de un EIA. Señala la norma que, para efectuar esa determinación, deberá atenderse a la "*presencia de población en el área de influencia*"[14] cuya salud pueda verse afectada por la superación de normas primarias de calidad ambiental; emisiones de ruido y, alternativamente, por la exposición de los recursos naturales a determinados contaminantes. En relación con el componente indígena, dispone:

> *"En caso que el proyecto o actividad genere o presente riesgo para la salud de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se entenderá que* el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento".

El regulador opta por no efectuar un vínculo directo entre el impacto "riesgo a la salud de pueblos indígenas" y la existencia de una afectación directa a tales grupos. En su lugar, establece un vínculo indirecto disponiendo que la presencia de ese riesgo, permite entender que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos en los términos del artículo 8°.

En esto, el regulador sigue una dirección distinta a la escogida por la Corte Suprema. En efecto, como se ha señalado, al resolver el recurso de Protección Rol N° 6.062/2010, la citada corte estableció que la existencia de riesgo a la salud de la población indígena, generaba como consecuencia directa la obligación de presentar un EIA y la de sujetar, en tal caso, la participación ciudadana contemplada en la Ley N° 19.300 a los estándares de la consulta indígena del Convenio 169.

No es del todo clara la razón por la cual el regulador efectúa este reenvío. Es posible que haya pretendido fijar los márgenes de aplicación del artículo 8°, el cual –si se mira con atención- establece un continente normativo sin un contenido claro. En efecto, dicho artículo dispone que los proyectos o actividades que se localicen "*en o próximos*" a poblaciones protegidas "*susceptibles de ser afectadas*" deben someterse al SEIA vía un EIA, sin especificar cuándo sucede esto último. Esta inexistencia de pautas normativas, puede haber llevado al regulador a corregir

14 El Reglamento del SEIA define en su artículo 2.a) el área de influencia como "El área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias". Por su parte el artículo 2.l) de la Ley N° 19.300 define línea de base como "la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución".

el vacío disponiendo que el riesgo a la salud fuera considerado afectación en los términos establecidos en su artículo 8[15].

3.2.2. Artículo 6° del DS 40/2012: Efectos adversos significativos sobre los recursos naturales renovables

El artículo 6° del DS 40/2012 trata sobre el efecto adverso significativo sobre los recursos naturales renovables y dispone que el titular de un proyecto o actividad presentará un EIA si, aquél o ésta, generan tales efectos sobre la cantidad y calidad de tales recursos, "*incluidos el suelo, agua y aire*".

El citado artículo establece que se entenderá que ello sucede, si a consecuencia de la extracción de estos recursos, o bien, a consecuencia del emplazamiento, emisiones, efluentes o residuos asociados a la actividad o proyecto, se afecta su permanencia, capacidad de regeneración o renovación o, bien, las condiciones que hacen posible la presencia y desarrollo de especies y ecosistemas. En relación con el componente específicamente indígena, la norma dispone que:

> "*En caso que el proyecto o actividad genere o presente efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento (...)*".

Nuevamente el texto del DS 40/2012 opta por vincular la generación de estos efectos adversos, con la afectación a que se refiere el artículo 8°, posiblemente, por la razón enunciada en el párrafo anterior. No obstante ello, añade que en este caso:

> *"(...) deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en la letra a) del artículo 7".*

Como es posible observar, la afectación significativa de recursos naturales renovables en lugares con presencia indígena constituye –a la luz del Reglamento- afectación en los términos del artículo 8°y, adicionalmente, plantea incertidumbre –razonable a mi parecer- sobre la posibilidad de que tal afectación alcance a los sistemas de vida de esos grupos. Siendo así, el

15 El reenvío permitiría entender que una población protegida es susceptible de ser afectada (artículo 8°), en la medida que el proyecto o actividad a desarrollar represente un riesgo para su salud (artículo 5°), con lo que el primer artículo pasa a tener un contenido efectivo. Como se hace presente más adelante, no resulta consistente desde el punto de vista interpretativo que el contenido de la norma se agote, únicamente, en los reenvíos que a ella se efectúan, pues ello constituye un reconocimiento de que la norma carece de sentido considerada en sí misma.

regulador ha dispuesto que, adicionalmente, corresponda al proponente del proyecto o actividad efectuar el análisis técnico-ambiental que permita despejar o confirmar tal posibilidad.

3.2.3. Artículo 9° del DS 40/2012: Alteración significativa del valor paisajístico o turístico

El artículo 9° del DS 40/2012 se refiere a la obligación de presentar un EIA si el proyecto o actividad genera alteración significativa "*en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona*", para cuya determinación deben considerarse, en términos generales, los atributos del paisaje, la manera en que estos se alteran y el modo en que se obstruye su visibilidad. En relación con la variable específicamente indígena, dispone que:

> "*En caso que el proyecto o actividad genere alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona, en lugares con presencia de pueblos indígenas se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8° del presente Reglamento y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en el artículo 7".*

Me permito dar por reproducidos los comentarios efectuados en los párrafos anteriores, relacionados con la opción seguida por el regulador en términos de referir estas normas al artículo 8° del Reglamento y la obligación impuesta al titular del proyecto o actividad de efectuar, adicionalmente, un análisis que permita despejar o confirmar la incertidumbre que plantea la afectación de los sistemas de vida de estos grupos, en este caso, como consecuencia de la alteración del valor paisajístico o turístico en que ellos se desenvuelven.

3.2.4. Artículo 8° del DS 40/2012: Receptáculo de los artículos 5°, 6° y 9°, y algo más

El artículo 8° del DS 40/2012, referido en los acápites anteriores, dispone que el titular deberá presentar un EIA si su proyecto o actividad se localiza "*en o próximo a poblaciones protegidas susceptibles de ser afectadas*". Para los efectos de la aplicación de la norma, el Reglamento establece que se entenderá que el proyecto se encuentran "*en o próximo*" cuando la o las poblaciones protegidas se hallen dentro de su área de influencia[16].

La determinación del regulador es acertada, pues relaciona la posibilidad de afectación con la extensión de los efectos ambientales del proyecto o actividad que se evalúa. Sin embargo, la aplicación de la norma presenta una complejidad práctica,

16 Ver nota al pie N° 15).

derivada del hecho que corresponda al propio particular interesado, proponer la delimitación del área de influencia directa[17].

El artículo 8° establece, a continuación, que "*a objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan"*, disposición que agrega un nuevo supuesto a los ya complejos requisitos mencionados.

La interpretación conjunta de los citados supuestos debe hacernos concluir que un proyecto o actividad se encuentra en la hipótesis del artículo 8°, si su área de influencia se extiende a sectores con población indígena y su extensión, magnitud o duración resultan significativas.

Sin perjuicio de lo señalado, debe considerarse que la presencia de los efectos, características o circunstancias descritas en los artículos 5°, 6° y 9° del Reglamento del SEIA (objeto de reenvío a la norma en análisis) sobre uno o más pueblos indígenas[18], constituye ya una afectación en los términos del artículo 8° motivo por el cual, en este caso, no correspondería efectuar el análisis de *"extensión, magnitud o duración de la intervención",* a que se alude en el párrafo anterior.

En relación con esto último, me parece pertinente plantearse una pregunta e intentar una respuesta: ¿existe la posibilidad de afectar a las poblaciones protegidas a que se refiere el artículo 8°, por causales distintas a las enunciadas en los artículos 5°, 6° y 9° del Reglamento del SEIA, o bien, estas son las únicas y, fuera de ellas, el primer artículo no tiene otro contenido? Si bien parece legalmente factible reivindicar la existencia de la afectación del artículo 8°, en virtud de una causa distinta[19], no resulta simple identificar una forma de afectación que no esté ya incluida en el enunciado general de los artículos 5°, 6° y 9° o, por otro lado, en los artículos 7° y 10 del Reglamento a los que me referiré a continuación.

17 Si bien la participación directa del interesado en la elaboración del "documento vehículo" de la evaluación ambiental constituye regla en nuestro sistema, la inminencia de verse sometido a mayores exigencias como consecuencia de producirse una afectación a poblaciones protegidas, puede llegar a constituirse en una distorsión que afecte esa definición. Si esta presunción –pesimista y desconfiada- resulta acertada, entonces, corresponderá a la respectiva Comisión de Evaluación o al Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso, observar con especial atención este asunto y, en su caso, requerir las modificaciones que corresponda durante el proceso de evaluación ambiental.

18 El Reglamento señala que "*Se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, cualquier sea su forma de organización*" (art. 8, inc.3).

19 Ver nota al pie N° 16).

3.2.5. Artículo 7° del DS 40/2012: Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos

El artículo 7° del Reglamento plantea dos hipótesis distintas de afectación que comentaremos separadamente. El reasentamiento de comunidades humanas y la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

a) Reasentamiento de comunidades humanas. El artículo 11 d) de la Ley N° 19.300 establece que debe presentarse un EIA si el proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas, para cuya determinación el artículo 7° del DS 40/2012, dispone que debe evaluarse la existencia de desplazamiento y reubicación de grupos que habiten en el área de influencia del proyecto o actividad.

Al respecto, no parece existir motivo para haber incorporado las voces desplazar y reubicar[20] que enriquezca el contenido obvio de la disposición legal parcialmente transcrita. Ambas palabras aluden a distintos momentos de un mismo hecho, vinculados con el reasentamiento. Tampoco parece que agregue nada significativo la norma contenida en el inciso 4° del artículo 7° del DS 40/2012 en referencia, que dispone, en relación con los pueblos indígenas, que:

"Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa". (Los destacados son nuestros).

Lo anterior, pues no existe en nuestra legislación el reasentamiento forzoso. De este modo el consentimiento otorgado, sin mediar coacción y con conocimiento de causa, es igualmente aplicable a cualquier caso de traslado voluntario, independientemente de la etnia del o los afectados. Sí hace una diferencia efectiva el texto reglamentario que, a continuación, dispone:

"*Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados (...) en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados"*.

Esta disposición añade a los requisitos normativos que serían generalmente aplicables a cualquier población, otros adicionales, que atienden específicamente

20 Según el diccionario de la RAE "desplazar" es "mover o sacar a alguien o algo del lugar en que está" y "ubicar" es "situar o instalar en determinado espacio o lugar".

a la realidad indígena (procedimientos adecuados a la realidad en que viven y representación efectiva[21]), cuya omisión permitiría cuestionar la validez del proceso seguido, en tal caso.

> b) Alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. La norma reglamentaria señala en su inciso 5° que, a objeto de evaluar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, debe atenderse a la generación de efectos adversos significativos sobre su calidad de vida, en consideración a la duración o magnitud de determinadas circunstancias que, en general, restrinjan el acceso a recursos naturales, dificulten el desplazamiento, alteren el acceso a bienes y servicios o dificulten el ejercicio de manifestaciones tradicionales[22]. En relación con los pueblos indígenas, específicamente, la norma dispone que, además de las circunstancias precedentemente señaladas, se considerará:
>
> "la duración y/o magnitud de la alteración en sus formas de organización social particular".

La principal diferencia entre el artículo 7° y los artículos 5°, 6° y 9° analizados con anterioridad se relaciona con el hecho que, en este caso, la norma opera como una causal de ingreso directo al SEIA vía EIA sin que exista un reenvío normativo de ningún tipo.

3.2.6. Artículo 10 del DS 40/2012: Alteración del patrimonio cultural

Por último, el artículo 10 del DS 40/2012 establece que el titular deberá presentar un EIA si su proyecto o actividad "*genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural*", para cuya calificación -según establecen sus literales a) a la c)- se considerará la magnitud en que se intervengan de forma permanente monumentos nacionales, el patrimonio cultural, o los sitios en que se lleven a cabo manifestaciones de la cultura o del folclore.

La norma reglamentaria, se limita a ajustar la redacción establecida en el reglamento anterior para incluir a los pueblos indígenas, complementando, en una parte, su texto al referirse al patrimonio cultural ("*incluido el patrimonio indígena*"), y en otra, para establecer un énfasis o diferencia de grado al referirse a la consideración de los sitios en que se lleven a cabo manifestaciones de la cultura ("*considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas").*

Al igual que en el artículo 7°, la presente norma opera de modo directo, sin necesidad de reenvío a diferencia de lo que sucede en el caso de las establecidas en los artículos 5°, 6° y 9°.

4. La consulta indígena

4.1. Aspectos centrales de la consulta indígena en el DS 40/2012

El Reglamento del SEIA, en su artículo 85 inciso 1°, regula escuetamente la realización de la consulta indígena vinculada a actividades o proyectos evaluados en el SEIA. Dicho artículo, dispone lo siguiente:

> "*(...) en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental (...)".*
>
> *"En el proceso de consulta (...) participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica afectación del derecho a la consulta*".

En relación con el primero de los párrafos transcritos; si bien puede llamar la atención la exclusión de los artículos 5°, 6° y 9° del Reglamento, ello resulta consistente con el tratamiento que el regulador ha dado a estas normas al reenviarlas al artículo 8° del mismo. Esto no debe llamar a confusión pues, justamente, por virtud de esa remisión es que quedan cubiertas por la consulta indígena establecida en el artículo 85.

21 Se trata de una formulación que parafrasea el texto del Convenio 169.

22 La norma se refiere en sus literales a) a la d), en resumen, a la restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional; la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o aumento significativo de tiempos de desplazamiento; la alteración al acceso o calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica; la dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo.

En lo relativo al estándar a que está sujeta la consulta[23], el artículo transcrito adopta derechamente, o bien, parafrasea la terminología seguida por el Convenio 169 (mecanismos apropiados en lugar de procedimientos apropiados; buena fe; instituciones representativas[24]; finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento); tácitamente reconoce otros (carácter previo de la consulta) y agrega una frase sustantiva, que refleja de buena manera el objetivo que persigue la consulta, esto es, influir en la toma de decisiones que se ventilan en el procedimiento administrativo, cuestión que parece ser un aporte directo de la jurisprudencia de la Corte Suprema[25].

Debe destacarse que el artículo 85 inciso 1°, garantiza también la participación de los pueblos indígenas en el proceso iterativo de evaluación de los Informes Consolidados de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones (ICSARA) de que pudiese ser objeto un EIA. En efecto, señala que:

> *"(...) el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental".*

Al respecto, el artículo 92 del mismo Reglamento detalla que en estos casos, el Servicio deberá abrir un *"nuevo proceso de consulta"* con los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, por un plazo de 30 días, período en el que se suspenderá el plazo de tramitación del EIA respectivo.

La redacción del Reglamento ("*nuevo proceso de consulta*") permite concluir que la intervención de los pueblos indígenas en el marco de la evaluación de los ICASARA queda sujeta al estándar establecido en el Convenio 169. Si fuera de otro modo, el derecho que asiste a estos colectivos podría verse amagado, al quedar reducida su participación a la que corresponde al resto de los ciudadanos no-indígenas sujeta a un estándar diverso[26].

23 El asunto relativo al estándar con que debe cumplir una consulta indígena para ser considerada tal, y la manera en que ello se materializa, es objeto de una ardua discusión y excede los propósitos de este artículo. Un buen desarrollo sobre este asunto puede encontrarse en "El Derecho de Consulta Previa como Elemento Transversal del Convenio 169", publicado en "El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación". CONTESSE, Jorge, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 193 y ss.

24 Sobre la representatividad de las instituciones y el binomio derechos colectivos e individuales indígenas, sugiero leer el artículo de Cristóbal Carmona Caldera *"Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas"*.

25 Ver nota al pie N° 24.

26 En relación con el estándar aplicable al ciudadano no-indígena, el artículo 29 de la Ley N° 19.300 señala que "*Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, (...) El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto*". Como es posible observar, la obligación final establecida en este artículo se reduce a efectuar un pronunciamiento fundado sobre la observación planteada, lo que constituye, únicamente, una exigencia de actuar razonable de la autoridad administrativa.

De la lectura del artículo 85 resulta evidente que el regulador abordó, exclusivamente, la cuestión de la *procedencia* de la consulta, sin pronunciarse, en cambio, sobre el *cómo* ella debe implementarse. Las escasas referencias contenidas en el artículo 85, entregan la responsabilidad del diseño y desarrollo del proceso de consulta al Servicio de Evaluación Ambiental y se limitan a reiterar lo que el Convenio 169 establece sobre su estándar[27] y algunas de las más clarificadoras aportaciones efectuadas por la Corte Suprema[28].

El Reglamento establece, además, en el artículo 85 inciso 2° que el derecho a la consulta indígena no resultará afectado, si no es posible alcanzar el acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas consultados, en cuyo texto resuena la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Rol N° 1.050, de 03 de abril de 2008, que explicita cuáles son los alcances de la consulta[29]. El texto Reglamentario en comento, señala:

La consulta indígena en tanto considera una garantía procesal (*procedimiento apropiado);* destinatarios específicos *(en particular, a través de sus instituciones representativas)* y está orientada al logro de un fin preestablecido *("con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"),* todo lo que supera la mera exigencia de racionalidad de la autoridad.

27 Ver notas al pie 14) y 24).

28 En la sentencia de 14 de octubre de 2010, recaída en Recurso de Protección Rol N° 4.078/2010, caratulado *"Javier Nahuelpan y otros c/ Corema Región De Los Ríos"*, se registra el voto disidente del Ministro Brito quien señala, en el numeral 2), que "*Para asegurar lo anterior, el artículo 4° del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas. Tal modalidad no implica sujetar la decisión de estos asuntos sólo al parecer de las minorías étnicas afectadas, ni menos limitar la potestad de administrar a las autoridades públicas sino, únicamente, buscar un procedimiento que otorgue posibilidades de entendimiento, de acuerdos que integren y no excluyan. Informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas. Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos libremente*". Como es posible observar, el sentido de la oración destacada fue acogido en el texto del artículo 85 inciso 1°del Reglamento del SEIA *("de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental").*

29 Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 1.050 de 03/04/2008. Los considerandos 13 y 14 expresan que *"DÉCIMO TERCERO: Que la consulta a los pueblos interesados (...) no podrá desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece. La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una*

"En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta".

En síntesis, el Reglamento del SEIA se ha limitado a resumir y fijar aspectos ya conocidos sobre la pertinencia y estándar aplicable a la consulta indígena establecidos en el Convenio 169 y en la jurisprudencia nacional. La modalidad específica y etapas que considera la consulta indígena, deben buscarse en el Decreto Supremo N° 66, que Aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del Artículo 6 N° 1 Letra a) y N° 2 del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo y Deroga Normativa que Indica, a que me refiero, parcialmente, a continuación.

4.2. Las fases de la consulta indígena según el Decreto Supremo N° 66, Aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en Virtud del Artículo 6 N° 1 Letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y Deroga Normativa que Indica ("DS 66/2014")

Son principalmente dos las normas contenidas en el DS 66/2014 de interés para los propósitos de este artículo. La primera, contenida en su artículo 8°, dispone que:

"*La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (...) y que requieran de un proceso de consulta indígena (...) se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta".*

consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución; DÉCIMO CUARTO: Que ha de entenderse que al disponer el artículo 6, N° 2 (...) que la finalidad de las consultas es la de llegar a acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental".

El DS 66/2014 reconoce, entonces, que la consulta indígena en el marco del SEIA está regida por las normas específicas contenidas en la LBGMA y en el RSEIA, salvo en lo tocante a la manera en que se estructuran sus fases, para lo que se deberá estar a lo que dispone su artículo 16. El citado artículo, señala que las etapas que "*todo procedimiento apropiado de consulta deberá contemplar*" son las de planificación; entrega de información y difusión; deliberación interna de los pueblos indígenas; diálogo y, finalmente, sistematización, comunicación de resultados y término del proceso.

En lo que atañe a los plazos de consulta, si bien el artículo 85 del DS 40/2012 no es explícito, la ubicación de la norma en el RSEIA ("*Título V: De la Participación de la Comunidad en el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*") permite inferir que se verificará en el mismo plazo que la ley reserva para la participación ciudadana en los EIA, esto es, durante los 60 días hábiles que siguen a la publicación del extracto del respectivo EIA. Lo anterior, sin perjuicio de la apertura de un nuevo plazo de consulta, según se establece en el artículo 85 del RSEIA.

El desarrollo del proceso de Consulta Indígena al interior del SEIA y en los plazos asignados a la participación ciudadana -establecidos únicamente de manera general y obligatoria para los EIA- ha sido una de las objeciones permanentes de las comunidades indígenas en contra de la regulación contenida en los D.S. N° 40/2012 y N° 66/2014. Ello ha determinado que recientemente el Gobierno, a través de los Ministerios del Medio Ambiente y de Desarrollo Social, haya anunciado la revisión de las regulaciones citadas, específicamente en lo que atañe a la Consulta Indígena, adelantando que la principal medida a adoptar será el "desacople" de la participación ciudadana y el proceso de consulta, en términos tales que la última, se desarrollaría con anticipación a la evaluación ambiental del proyecto respectivo y sería liderada por un organismo ad-hoc creado al interior del Ministerio de Desarrollo Social, anuncio que ha generado toda clases de reacciones.

4.3. Análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas

El artículo 27 del Reglamento del SEIA complementa los contenidos de su artículo 85, al disponer que el titular de un proyecto o actividad que debe ingresar al SEIA vía EIA, por afectar a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, puede dirigirse al Director Regional o Ejecutivo del Servicio, a fin de obtener información sobre de los requisitos jurídicos o técnicos que debe considerar para la presentación de su proyecto o actividad al SEIA[30].

30 La norma dispone que al efectuar esta determinación el Servicio considerará los mecanismos de toma de decisiones de las comunidades, celebrará reuniones con ellos y podrá consultar la colaboración de otros servicios.

El artículo en referencia establece que igual derecho asiste al titular de un proyecto o actividad cuando "*existan dudas en relación con la afectación anterior*". Esta última norma, sumada al texto del encabezado ("*Análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas*"), podría sugerir que el regulador ha delegado en el Servicio la atribución de pronunciarse sobre la existencia de afectación a pueblos indígenas.

La duda planteada ha sido convenientemente despejada mediante el Ordinario N°140143/2014, que "Imparte Instrucciones sobre el Análisis de Ingreso por Susceptibilidad de Afectación Directa a Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas a que se Refiere el artículo 27 del RSEIA", del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental. En lo que se refiere a este asunto específico, el citado instructivo afirma que:

> *"Por último, cabe señalar que la respuesta a la Solicitud de Análisis de Ingreso por SAD*[31] *a los GHPPI*[32] *en ningún caso podrá concluir que el proyecto o actividad es susceptible de afectar directamente a GHPPI o no, por cuanto dicho análisis forma parte del proceso de evaluación del respectivo Estudio de Impacto Ambiental y sólo puede ser llevado a cabo teniendo a la vista el Estudio de Impacto Ambiental. En este sentido, y dado que la respuesta a la Solicitud de Análisis de Ingreso por SAD a los GHPPI es una simple declaración de juicio, ella no constituye una medida administrativa en los términos señalados en el artículo 6.1 a) del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales*".

Estimamos que la aclaración es oportuna; el análisis sobre la existencia de impactos significativos y la comprobación de ese análisis por parte de los Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, es una cuestión compleja que se ha considerado hasta aquí como parte de la evaluación misma de un proyecto en el SEIA y no como una determinación que pueda efectuarse *a priori*. A *fortiori* tampoco corresponderá que la autoridad emita un pronunciamiento sobre la procedencia de efectuar una consulta indígena, pues ello no es sino consecuencia de haberse comprobado, o descartado, la existencia de ese tipo de impactos sobre uno o más pueblos indígenas, previamente a su evaluación.

4.4. Reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas para determinar la existencia de afectación

El artículo 86 del Reglamento del SEIA, establece dos hipótesis en las que corresponderá al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio reunirse

31 Susceptibilidad de Afectación Directa.

32 Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas.

con los pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, a saber:

> (i) Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un EIA se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas y no indique la generación o presencia de los efectos, características o circunstancias de los artículos 7°, 8°, y 10, del referido reglamento, sobre estos pueblos; y
>
> (ii) Cuando el proyecto o actividad sea sometido a evaluación mediante una DIA y se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

El objetivo de las reuniones es, en ambos casos, recoger las opiniones de los pueblos indígenas y analizarlas, a objeto de determinar la procedencia del artículo 36 o 48 del Reglamento del SEIA, dependiendo si trata de un EIA o una DIA, respectivamente. Los artículos citados están referidos a la facultad que tienen los Directores Regionales y Ejecutivo del Servicio, para poner término anticipado a los procedimientos de evaluación cuando el EIA o DIA carece de información relevante o esencial para su evaluación y esta falta no pueda ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, o cuando el proyecto o actividad requiera de un EIA y ha sido presentado como DIA, declaración que debe ser efectuada dentro de ajustados plazos legales[33].

El artículo citado despeja algunas cuestiones de importancia. La primera, consiste en que el emplazamiento de un proyecto o actividad en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena (ADI), o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, no necesariamente implica que se generen o presenten algunos de los efectos, características o circunstancias que demandan la evaluación de tal proyecto o actividad vía EIA, sobre los citados pueblos.

La segunda fluye de la primera, y consiste en que, en los casos en que no sea necesaria la presentación de un EIA, tampoco lo será efectuar la consulta indígena, criterio que es consistente con lo establecido por la Excma. Corte Suprema en sus fallos y con las demás normas analizadas en este artículo.

La tercera, es que el regulador ha establecido una especie de "doble chequeo", en virtud del que corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental efectuar reuniones con los pueblos potencialmente afectados, cada vez que se presente a evaluación ambiental un proyecto o actividad en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena, o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, y ello se

33 40 días contados desde la presentación del EIA y 30 días hábiles contados desde la presentación de la DIA.

haga a través de una DIA que, por definición, no reconoce impactos significativos, o de un EIA que, reconociendo impactos significativos, descarte la afectación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

La norma en análisis brinda una herramienta procedimental útil (las reuniones con los pueblos indígenas) para el ejercicio de una facultad común a la evaluación de cualquier proyecto o actividad en el SEIA (la de poner término anticipado a la evaluación), por la que el Servicio logrará imponerse directamente de la opinión de los potenciales afectados en una etapa temprana del procedimiento de evaluación. Es de suponer, además, que a los resultados de la reunión, se sumarán los informes de los Organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental, cuya obligación básica en una primera etapa de evaluación es informar, justamente, sobre la existencia de efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la LBGMA.

5. Comentario final

Las normas analizadas constituyen las principales novedades contenidas en el DS 40/2012, en lo que al tratamiento de los pueblos indígenas se refiere y, muy particularmente, en lo que atañe al modo en que se ha estructurado la consulta previa tratándose de la evaluación ambiental de proyectos.

Un sinnúmero de reflexiones pueden acometerse a partir del panorama sucintamente descrito, relacionadas con la manera en que se articula el derecho-deber de efectuar la consulta; la pertinencia de efectuar tal articulación por la vía reglamentaria y no legal; la procedencia o improcedencia de identificar impacto significativo y afectación directa, entre muchos otros.

El panorama me parece prometedor. Más allá de los conflictos que esta discusión legítimamente suscita entre los distintos grupos de interés, parece evidente que la existencia de la consulta y el desarrollo que ha experimentado, es manifestación de un nuevo sentido común que exige incorporar a las etnias originarias, efectivamente, a la discusión pública. Eso es mucho más que lo que existía hasta antes de la entrada en vigencia del Convenio 169, apenas 4 años atrás.

Por último, no debe olvidarse que la consulta indígena es, ni más ni menos, que una herramienta procesal y que lo relevante es el derecho que vehicula: la participación con real posibilidad de influir. Es ahí donde debe concentrarse el esfuerzo regulatorio y de política pública.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aréchaga, Eduardo, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, en Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, FCU, Montevideo, 1988.

Carmona, Cristóbal, “Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas”, Ius et praxis, Núm. 19-2, junio 2013.

Contesse, Jorge, “El Derecho de Consulta Previa como Elemento Transversal del Convenio 169”, publicado en “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno: Mecanismos y Obstáculos para su Implementación”, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.

NORMAS CITADAS

Servicio de Evaluación Ambiental, Ordinario N° 140143/2014, “Imparte Instrucciones sobre el Análisis de Ingreso por Susceptibilidad de Afectación Directa a Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas a que se Refiere el artículo 27 del RSEIA”, enero, 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta, Corte Suprema, Recurso de Protección, Rol N° 258/2011, Sentencia de 13 de julio de 2011.

Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Lagos, Corte Suprema, Recurso de Protección, Rol N° 10.090/2011.

Comunidad Indígena Manuel Marillanca y otro con Comisión de Evaluación de la Región de la Araucanía, Corte Suprema, Rol N° 12457/2013, Sentencia de 16 de enero de 2013.

Faumelisa Manquepillan c/ Com. Medio Ambiente, Corte Suprema, Recurso de Protección, Rol N° 6.062/2010, Sentencia de 4 de enero de 2011.

Javier Nahuelpan y otros c/ Corema Región De Los Ríos, Corte Suprema, Recurso de Protección, Rol N° 4.078/2010, Sentencia de 14 de octubre de 2010.

Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá, Corte Suprema, Recurso de Protección Rol N° 11.040/2011, Sentencia de 30 de marzo de 2012.

Puelman Ñanco Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de La Araucanía, Corte Suprema, Recurso de Protección Rol 1.525/2010, Sentencia de 17 de mayo de 2010.

Tribunal Constitucional, Recurso de inconstitucionalidad, Rol N° 309, Sentencia de 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional, Recurso de inconstitucionalidad, Rol N° 1050, Sentencia de 3 de abril de 2008.

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL

Ignacio Arteaga Echeverría[1]

1. Introducción

En el presente artículo nos referiremos a la evolución que ha tenido la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia en materia ambiental, específicamente respecto de la acción de nulidad de derecho público de resoluciones de calificación ambiental, del recurso de protección en relación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación consagrado en el artículo 19 N° 8 de nuestra Constitución Política de la República, y de la acción de responsabilidad por daño ambiental.

2. Acción de nulidad de derecho público aplicable a resoluciones de calificación ambiental (“RCA”)

La acción de nulidad de derecho público se consagra en el artículo 7° de la Constitución Política de la República al establecer que *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad en los términos indicados en el inciso final del artículo 3° de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado. Sin perjuicio de lo anterior,

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile (1994). Master of Laws (LL.M) The London School of Economics and Political Sciences (1997). Program of Instruction for Lawyers (PIL) Harvard Law School, Negotiation Courses (2000-2002). Diplomado en Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile (2006).

es posible que dichos actos adolezcan de un vicio de nulidad y por ende que puedan ser declarados nulos.

Existe unanimidad en la jurisprudencia en cuanto a que la nulidad de derecho público debe ser declarada por un tribunal. Desde muy temprano los tribunales desecharon atribuir un efecto automático a la infracción de dicha norma constitucional[2].

El legitimado activo para reclamar la nulidad de derecho público de un acto administrativo (en nuestro caso de una RCA), será quien tenga un derecho lesionado o un interés legítimo protegido por el ordenamiento jurídico[3].

La acción de nulidad de derecho público contra una resolución de calificación ambiental debe dirigirse contra el Servicio de Evaluación Ambiental ("SEA"). Se han presentado muy pocas acciones de nulidad de derecho público contra resoluciones de calificación ambiental, pero dentro de ellas cabe destacar las siguientes:

La Corte de Apelaciones de Santiago declaró la nulidad de la resolución exenta N° 147, de 14 de abril del 2005[4], de la Comisión Regional del Medioambiente (COREMA) de la Región Metropolitana, que aprobó la Declaración de Impacto Ambiental ("DIA") del proyecto "Modificación del Plano Regulador Metropolitano de Santiago Aeropuerto Los Cerrillos Portal Bicentenario", por estimar que el ingreso del proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") debía haber sido por medio de un Estudio de Impacto Ambiental ("EIA") y no de una DIA, pues se comprobó en autos que varias de las circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y en los artículos 4° al 11 del Decreto Supremo N° 40/2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, del Ministerio del Medio Ambiente se presentaban en el Proyecto[5].

Además, otra sentencia[6] se ha pronunciado en el mismo sentido, respecto a la modificación de un proyecto que fue aprobado y debió haber sido ingresado al

2 Sentencia Corte Suprema, 02/10/2003, Rol. Nº 2650-2002, Edgardo Henry con Universidad de Atacama.

3 Sentencia Corte Suprema, 28/04/2012, Rol Nº 9352-2009, Ilustre Municipalidad de Renca con Carlos Fernández Chaparro.

4 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18/11/2009, Rol. N°6808-2007.

5 Al respecto, la sentencia señaló que *"En estas condiciones, la aprobación de una Declaración de Impacto Ambiental, presentada por la interesada en relación a dicho -Proyecto, conducen a estimar la ilicitud de esa resolución -N° 147 de 14 de abril del 2005- de COREMA Metropolitana por incumplimiento de normas imperativas y por tanto está afecta a un vicio que, conforme a lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, conducen a la declaración de nulidad de derecho público de la misma"*.

6 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 30/07/2010, Rol N°5540-2009, Ilustre Municipalidad de Huechuraba contra COREMA Región Metropolitana, actualmente en Corte Suprema recurso de casación en el fondo, Rol Nº 7263 -2010.

SEIA a través de un EIA, pues según la Corte, las "rectificaciones administrativas" presentadas al proyecto, eran profundas y sustanciales modificaciones al proyecto original, las que constituyen sencillamente uno nuevo, debiendo someterse como tal al SEIA a través de un EIA y no de una DIA. Por lo tanto, al haber ingresado al SEIA vía una DIA se incurrió en las causales de nulidad de derecho público de vulneración de Ley Nº 19.300, por haberse emitido el acto fuera de la forma prescrita por la ley.

3. Recurso de protección en materia ambiental

El artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República "*asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*".

El recurso de protección por afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se consagra en el artículo 20 inciso segundo de la Carta Fundamental en los siguientes términos:

"Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

El recurso de protección por afectación a este derecho, ha sido el instrumento más utilizado para la defensa de intereses jurídicos con contenido ambiental (especialmente para impugnar una RCA), frecuentemente usado como sustituto del contencioso administrativo, llegando a sostenerse por ciertos autores[7] que con éste se ha "ampliado el ámbito de control jurisdiccional a límites insospechados, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la administración".

3.1. En cuanto a quién puede interponer un recurso de protección en materia ambiental: Personas Naturales / Personas Jurídicas

Por regla general, los tribunales de justicia han estimado que solo las personas naturales pueden ver afectada esta garantía constitucional, no así las personas jurídicas[8], pues solo las personas naturales, como seres vivientes, son susceptibles de sufrir las consecuencias de un medio ambiente degradado,

7 Pierry Arrau, Pedro, *Tribunales contencioso administrativos*, en Revista de Derecho, Año 1 - Nº 2, diciembre 2000.

8 Corte de Apelaciones de La Serena, 18/03/2001, Rol N° 26.460-2001, Alcalde Municipalidad Coquimbo con COREMA IV Región, confirmada por Corte Suprema, 09/04/2002, Rol N° 1083-2002.

mientras que las personas jurídicas, como ficción del derecho, "no pueden, por su propia naturaleza, ver afectada su vida o ser víctima de alguna forma de contaminación"[9].

No obstante lo anterior, han habido casos en que los tribunales han admitido que personas jurídicas sean legitimadas activas, entendiendo como titular del recurso a "toda persona natural o jurídica que habite el Estado y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación que asegura el artículo 19 Nº 8 del texto fundamental"[10]. En este caso, se estima que existe un derecho público colectivo del cual son titulares todas las personas, permitiendo solicitar su resguardo a través del recurso de protección[11].

3.2. Facultad de las municipalidades para interponer el recurso de protección en representación de su comunidad

Esta es una materia que ha sido discutida, existiendo fallos a favor y en contra de esta facultad. Existen varias sentencias que reconocen el derecho de las Municipalidades de interponer recursos de protección en materia ambiental[12], pero también hay sentencias que no, basando sus argumentos en que "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, debe relacionarse con el derecho a la vida e integridad física y psíquica del N° 1 de ese artículo, queriendo con aquello significar que tales disposiciones constitucionales se refieren a personas naturales, precisas y determinadas, pues no vemos como una persona jurídica se va a perjudicar con una contaminación ambiental"[13].

3.3. En cuanto al nivel de determinación de las personas afectadas

El auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, señala que *"El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex"*.

9 Sentencia Corte Suprema 06/10/2011, Rol N°4777-2011, Proyecto Central Hidroeléctrica Achibueno.

10 Sentencia Corte Suprema, 19/03/1997, Rol N° 2732-1996, Movimiento Pro-Defensa del Medio Ambiente y otros con COREMA XII Región. Recurso interpuesto en contra de la RCA que aprobó el proyecto "Río Cóndor" que consistía en la explotación de bosques de lengas. Acogido por Corte Suprema.

11 Sentencia Corte de Apelaciones de de Talca, 27/11/2009, Rol N° 1526-2008, Gabriela Alfaro con COREMA de la VII Región, confirmado por sentencia Corte Suprema, 27/07/2010, Rol Nº 246-2010.

12 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26/07/2006, Rol Nº 140-2006, confirmada por Corte Suprema, 30/08/2006, Rol Nº 4.093-2006. Recurso presentado en contra de RCA que aprobó el proyecto Respaldo Eléctrico Colmito.

13 Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 14/10/2010, Rol N°410-2010, Alcalde de Municipalidad de Concepción con Ministerio de Salud, apelación declarada inadmisible por Corte de Apelaciones por extemporánea.

Por este motivo, la gran mayoría de los fallos que se pronuncian en este sentido exigen la singularización de las personas afectadas, esto es aquellas personas que experimenten personal y directamente la afectación, desechando la posibilidad de que la acción de protección sea considerada de aquellas denominadas *"populares"*, es decir, *"en la que cualquier ciudadano está legitimado para requerir del órgano jurisdiccional una determinada pretensión en defensa de intereses colectivos o difusos"*[14].

Sin perjuicio de lo anterior, existen fallos aislados que han consagrado una suerte de acción popular, tal como lo hizo el caso Trillium I[15] y el callo Campiche[16]. Ambos pronunciamientos admiten como titulares del recurso a todas las personas naturales o jurídicas que habitan en el territorio del Estado y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación, garantizado en el artículo 19 número 8 de la Constitución Política de la República.

3.4. En cuanto al interés personal del recurrente "afectado"

En su mayoría, las sentencias requieren indicar determinadamente en qué consiste la "afectación" a su derecho, exigiendo la existencia de un *"interés actual comprometido que se pueda ver amagado por una conducta ilegal o arbitraria, interés que debe encontrarse determinado para que el recurso de protección prospere"*[17].

14 Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 07/10/2005, .Rol Nº 771-2005, Ilustre Municipalidad de Calama con Empresa de Aguas de Quetena S.A, no recurrida, por malos olores emanados de planta de tratamiento de aguas servidas; Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 02/04/2012, Rol Nº 35693-12, Josefa Errázuriz, a título personal, y otros contra Secretario Ejecutivo Consejo de Monumentos Nacionales, recurrida ante Corte Suprema que actualmente conoce recurso de apelación, recurso de protección interpuesto en contra de la RCA favorable que permite a Metro S.A desarrollar proyecto de construcción de futura "Línea 6, etapa 1, piques y galerías" del Metro de Santiago, que iniciase en Cerrillos y tiene su fin en Avenida Los Leones.

15 Sentencia Corte Suprema, 19/03/1997, Rol N° 2732-1996, Movimiento Pro-Defensa del Medio Ambiente y otros con COREMA XII Región. Recurso interpuesto en contra de la RCA que aprobó el proyecto "Río Cóndor" que consistía en la explotación de bosques de lengas. Acogido por la Corte Suprema.

16 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 08/01/2009, Rol N° 317-2008, Ricardo Correa con COREMA Región de Valparaíso. Considerando décimo séptimo, no eliminado por la Corte Suprema, que en lo pertinente señala "*que son titulares todos (sic) las personas naturales o jurídicas que habitan el territorio de Chile y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación*".

17 Corte Suprema, 24/05/2010, Rol N° 9464-2009, Fundación Cardoen con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.

En algunos casos, como en el proyecto *"Estacionamientos Subterráneos y Superficie, Plaza de Armas San Felipe"*, la Corte ha estimado que *"todo ciudadano chileno, máxime si vive en el lugar afectado tiene incorporado el derecho a vivir en medio ambiente libre de contaminación como inherente a su persona"*[18].

En otros casos, en cambio, el tribunal no ha exigido acreditar de manera determinada la calidad de afectado, tal como ocurrió con el caso Trillium I, en el que se estimó que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tenía carácter de derecho colectivo público, indicando a continuación que está *"destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional", estimando además que "son titulares de este recurso, necesariamente, todas las personas naturales o jurídicas que habitan el territorio del Estado y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación"*[19].

3.5. En cuanto a la compatibilidad del recurso de protección con otras acciones judiciales

En un comienzo el criterio general fue la improcedencia de la acción de protección cuando existían otros procedimientos judiciales, admitiéndose solamente cuando era necesario suplir la carencia de protección legal, adecuada y eficaz[20].

Posteriormente, el criterio general fue cambiando, al establecerse *"que la particularidad de que exista un procedimiento especial para reclamar de una determinada situación, no excluye al recurso de protección". Estimando que "la existencia de otros recursos que establece la propia ley 19.300, no impide utilizar el recurso de protección, como expresamente lo establece el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental"*[21].

18 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso que acoge el recurso de protección respecto de los recurridos Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales y la Directora de la Comisión de Evaluación Ambiental de Valparaíso, 11/12/2012, Rol Nº 1523-2012, proyecto "Estacionamientos Subterráneos y Superficie, Plaza de Armas San Felipe".

19 Sentencia Corte Suprema, 19/03/1997, Rol N° 2732-1996, Movimiento Pro-Defensa del Medio Ambiente y otros con COREMA XII Región.

20 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 03/09/1981, Rol Nº 15.276-1981, confirmada por Corte Suprema, 28/12/1981, Terraza, Torres y Otros con ENAMI. Caso de contaminación ambiental provocado por los gases de escape de la Fundición y Refinería de Ventanas de la Empresa Nacional de Minería.

21 Sentencia Corte de Apelaciones de Talca 27/11/2009, Rol N° 1526-2008, Gabriela Alfaro con COREMA de la VII Región, recurso de protección en contra de RCA del "Proyecto Central Termoeléctrica Los Robles", de 750 MW brutos de potencia, fallo confirmado por sentencia Corte Suprema, 27/07/2010, Rol Nº 246-2010, Ob. Cit. p. 3.

Para el caso del recurso de reclamación reconocido en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, los tribunales han señalado que *"...el recurso de protección no es incompatible con el ejercicio de la reclamación regulada en el artículo 29 de la Ley 19.300, tanto por su diversa naturaleza -judicial y administrativa respectivamente- cuanto por su oportunidad, efectos y órganos diversos ante quienes se interponen, quedando sujeta su elección al libre arbitrio del afectado"*[22].

3.6. En cuanto al plazo para la interposición del recurso de protección

El autoacordado de la Corte Suprema señala que *"El recurso o acción de protección se interpondrá (...) dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos"*.

a. Si lo impugnado es un acto administrativo, como una RCA, en general los tribunales superiores de justicia tienden a contar el plazo desde la notificación, o en su caso, desde la publicación del acto administrativo. No obstante, el fallo Trillium II[23] constituye una excepción al criterio general seguido en esta materia por los tribunales de justicia, al señalar que *"una cosa es la notificación de un acto (por el cual se cumple con un trámite formal señalado por la ley dentro del procedimiento previsto para la tramitación de la resolución dictada por el organismo administrativo) y otra es el conocimiento cierto que de ella se haya tomado por una persona en particular (mediante el cual se procura obtener un entendimiento efectivo y cabal del contenido del acto impugnado), exigiendo el análisis y estudio serio y acabado de todos los antecedentes que sirvieron de fundamentación a esa decisión"*. En este caso, la Corte consideró que el plazo debía contarse desde este conocimiento cierto y no desde la notificación.

Otra excepción a la regla general lo constituye el caso de la Municipalidad de Peñalolén con Metrogas[24], en el que la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó por extemporáneo el recurso de protección presentado por el alcalde de la referida entidad edilicia, don Claudio Orrego Larraín, en que solicitaba dejar sin efecto la resolución que calificó favorablemente el proyecto de la planta de respaldo de gas, ya que en este caso la Corte contó el plazo para interponer el recurso, no desde la notificación de la RCA, sino que desde la reunión de la

22 Considerando 8º de Sentencia Corte de Apelaciones Copiapó, 30/04/2013, Rol N° 26-2013, Colla de Pai Ote Cerro Casale con Servicio de Evaluación Ambiental de la Tercera Región de Atacama.

23 Sentencia Corte Suprema, 13/07/1998, Rol N°1616-1998, la cual rechaza la alegación de extemporaneidad y ordena a la Corte de Apelaciones de Punta Arenas fallar el fondo del asunto.

24 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 17/06/2008, Rol Nº 1628-08, Alcalde Claudio Orrego con Metrogas. Recurrida, fallo a favor de Metrogas.

Comisión de Evaluación, momento en que el alcalde tomó conocimiento de la RCA favorable, toda vez que se encontraba presente en dicha reunión.

b. Si se impugnan actos materiales, el plazo para presentar el recurso se cuenta desde el conocimiento cierto de los recurrentes de los hechos que afectan su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación[25].

c. Si se impugnan actos de efectos continuos y permanentes, en general se permite deducir el recurso de protección mientras estos efectos sigan produciéndose[26].

d. Respecto de la impugnación de omisiones, desde la inclusión de este tipo de conducta en la Constitución Política de la República no han habido fallos que analicen en profundidad el cómputo del plazo para recurrir de protección por afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en caso de omisiones ilegales. En algunos casos, se ha recurrido a la teoría de los efectos continuos y permanentes. Ejemplo de ello lo constituye una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, al señalar que *"(...) esta Corte estima que el recurso de protección no es extemporáneo por tratarse de una omisión ilegal de Essbío S.A. que permanece en el tiempo, por lo que en este caso el plazo de l5 días para interponer el recurso de protección debe contarse desde la última oportunidad en que se presentó el problema, esto es, desde el 22 de junio de 2006"*[27] .

Sin perjuicio de lo anterior, en ciertos casos la Corte ha dado un tratamiento distinto, rechazándolo por extemporáneo, como en el caso del recurso de protección contra la Municipalidad de La Florida por falta de fiscalización a una microempresa familiar de cosmetología y depilación que provocaba olores molestos a los vecinos como consecuencia de la manipulación de sustancias tóxicas, en que la propia recurrente señala que ha sido víctima de hechos que afectan su salud desde el año 2004, en que su vecina comenzó a realizar la actividad que causaba los malos olores[28].

25 Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, 25/11/2008, Rol. N° 744-2008, Alfredo Sepúlveda con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A, no apelada.

26 Sentencia Corte de Apelaciones de Copiapó, 13/04/2007, Rol N° 44-2007, Agrupación Ecológica y Cultural de Chañaral contra Municipalidad de Chañaral, no apelada.

27 Recurso de protección por emanaciones de ácido sulfhídrico, proveniente del sistema de alcantarillado, Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 20/09/2006, Rol. N°2482-2006. María Drimbea con Essbio y otros, confirmado por la Corte Suprema.

28 Corte de Apelaciones de Santiago, 10/12/2012, Rol Nº 30060-2012. Muñoz Carrasco con Departamento de Higiene Ambiental de La Municipalidad de La Florida, confirmada por Corte Suprema, 10/12/2012, Rol N° 9661-2012.

3.7. En lo relativo a la aptitud de una RCA para afectar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

El artículo 20 inciso segundo de la Constitución Política de la República indica que procederá el recurso de protección *"cuando el derecho del artículo 19 número 8 sea afectado"*.

Inicialmente los tribunales sólo consideraban la *"privación"* y la *"perturbación"* respecto de actos materiales que afectaban tal derecho. El problema se dio principalmente con las RCA, ya que los tribunales en un comienzo consideraban que éstas eran una mera opinión de la autoridad y por ende eran incapaces *per se* de afectar al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación[29].

Sin embargo, la jurisprudencia con el tiempo admitió la posibilidad de que un acto administrativo, como lo es una RCA, pueda *"amenazar"* el derecho del artículo 19 número 8, empezando a admitir con ello recursos de protección en contra de las RCA. Ejemplo de ello es el Fallo Expo Pork Meat[30], en el que se señala que *"el acto cuestionado a través de este arbitrio constituye así una amenaza al derecho de los recurrentes de vivir en un medio libre de contaminación, por lo que esta Corte brindará la cautela requerida, teniendo además en consideración que el someter el proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental permite asegurar el derecho antes aludido"*.

3.8. Respecto de cuestiones técnicas o de mérito de las RCA, la jurisprudencia ha evolucionado de manera muy relevante

La discrecionalidad administrativa es aquel ámbito de autonomía y libertad que el ordenamiento jurídico otorga al funcionario público y a la autoridad administrativa para que éste decida en base a su criterio los medios más aptos, idóneos, eficaces y proporcionados para cumplir el fin que se persigue. Mientras menor sea la discrecionalidad entregada a la autoridad administrativa mayor será la certeza jurídica. Sin embargo, ello no es siempre posible ni deseable. Debemos reconocer que la discrecionalidad es legítima, existiendo ciertas realidades que la justifican.

El ejercicio de la discrecionalidad debe basarse en el principio rector de que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana, lo que se traduce, entre otras cosas, en que la decisión que se adopte por la autoridad debe tener

29 Sentencia Corte Suprema, 12/08/2002, Rol Nº 2391-2002, Valenzuela con CONAMA, proyecto "Ampliación Planta Procesán: Transporte, Tratamiento y Eliminación de Residuos Biopeligrosos y Farmacológicos".

30 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 04/06/2010, Rol Nº 696-2010. Sentencia Corte Suprema, 18/01/2011, Rol Nº 5191-2010.

una justificación fáctica y legal (sustento normativo), estar respaldada por datos objetivos, ser coherente con la realidad (congruencia), no sobrepasar los límites de actuación fijados por la propia ley, ser racional, proporcional y oportuna. Pues en caso que no se cumpla con alguno de dichos requisitos, tal decisión pasaría a tener el carácter de arbitraria e ilegítima, y por ende, susceptible de ser impugnada judicialmente.

Cumpliendo los requisitos anteriores, la autoridad es libre de tomar, de acuerdo a su criterio, cualquier decisión que, a ojos del ordenamiento jurídico, sea válida y legítima. Otra cosa distinta es que la decisión que la autoridad adopte sea, desde un punto de vista técnico o científico, la más apropiada, lo que será cuestionable técnica o científicamente, pero no jurídicamente.

Don Osvaldo de la Fuente establece en su tesis "El control judicial de las resoluciones de calificación ambiental"[31], dos estándares de dicho control sobre las potestades discrecionales, que son el de la coherencia y el de la proporcionalidad.

Respecto al primer estándar, se requiere que la decisión sea coherente con la práctica administrativa previa y que internamente la decisión sea congruente con la información que le sirve de sustento.

Respecto al segundo, primeramente se evalúa la idoneidad de la decisión, es decir, la aptitud que ésta tenga para alcanzar el fin propuesto por la norma, luego la necesidad, debiendo adoptarse dentro de las medidas idóneas la menos lesiva o perjudicial para la persona, y por último, su proporcionalidad en sentido estricto, comparando las ventajas y desventajas de la decisión.

La jurisprudencia ha evolucionado drásticamente, pasando desde el llamado principio de la deferencia a la decisión discrecional administrativa al principio del control total de la decisión administrativa.

a. Inicialmente se consideró que los tribunales sólo debían analizar si el acto u omisión era ilegal y si como consecuencia de ello se afectaba al artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, sin efectuar un examen de las bondades técnicas de un proyecto ni del mérito de las RCA.

El mérito del acto administrativo se refiere a qué tan acertada es la decisión de la autoridad desde el punto de vista técnico. El juez puede analizar dicha decisión para confirmar que ella se enmarque dentro del ámbito de discrecionalidad reconocida por la propia ley, de manera que no sea arbitraria, pero no debe controlar el mérito o el acierto técnico de la decisión. Se debe revisar la decisión para garantizar que

31 Osvaldo de la Fuente, "El Control Judicial de las Resoluciones de Calificación Ambiental", tesis de la Universidad de Chile, rendida y publicada con fecha 27/04/2011.

ésta no sea arbitraria, pero no para asegurarse de que sea la mejor decisión desde el punto de vista técnico o científico.

Si el juez deja sin efecto o modifica una decisión discrecional válida, está sobrepasando su competencia y su ámbito legítimo de actuación, y de esa forma se termina trasladando la discrecionalidad técnica desde la autoridad administrativa al juez. Los tribunales de justicia no deben convertirse en revisores del mérito de lo decidido, sino limitar su función al control de la legalidad (incluida la posible arbitrariedad) del procedimiento y del acto final en cuestión[32].

Los principales argumentos para sostener esta posición han sido:

(i) El recurso de protección tiene una naturaleza cautelar, es un procedimiento sumarísimo, que por su misma naturaleza no permite entrar a conocer el fondo de un asunto, como si lo permite un juicio de lato conocimiento;

(ii) Los actos deben ser manifiestamente arbitrarios o ilegales (evidentes, apreciables a simple vista en un procedimiento sumarísimo);

(iii) El hecho que la administración cuente con órganos idóneos y expertos para pronunciarse sobre los aspectos técnicos, con facultades legales privativas para decidir sobre el mérito de una RCA (evitando de esta forma una invasión de competencias ajenas);

(iv) El juez no está autorizado para pronunciarse sobre las bondades/ cualidades técnicas que presenta un proyecto o de las medidas de mitigación, compensación o reparación establecidas en una RCA.

Las sentencias que reflejaban esta postura señalan, entre otras cosas, lo siguiente: *"No forma parte del estudio -del recurso de protección-, el pronunciamiento sobre las bondades técnicas que presenta un proyecto, que ha sido sometido a la autoridad competente, ni le corresponde referirse a las conclusiones a que hayan arribado los órganos idóneos o expertos sobre la materia en que incide el proyecto, una vez concluidas o agotadas todas las instancias que han sido establecidas por la normativa que regula su quehacer"*[33].

"El procedimiento ordinario [no así el recurso de protección] *es el que mejor se aviene con la materia en discusión puesto que se requiere de pruebas que*

32 Corte de Apelaciones de Santiago, 02/04/2013, Rol Nº 35693-2012, Caso Línea 6 del Metro, Josefa Errázuriz y otros contra Secretario Ejecutivo Consejo de Monumentos Nacionales. Actualmente recurso de apelación en la Corte Suprema.

33 Sentencia Corte Suprema, 21/09/1998, Rol N° 2684-98. Caso Trillium II.

deben rendirse lo que es ajeno al recurso de protección…[34]*". Lo anterior, se vio reforzado por la idea de que "se trata de un procedimiento urgente, ante acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que prive, perturbe o amenace en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que tal acción protege, debe tratarse de derechos indubitados, en que no sea necesario valorar antecedentes probatorios de fondo, propios de juicio de lato conocimiento, o restablecer situaciones fácticas alteradas por acciones de autotutela. Es fundamental en consecuencia la situación de un acto anormal que de manera evidente las vulnere*"[35].

b. Control total de la discrecionalidad administrativa

Esta línea jurisprudencial ha asumido recientemente un rol protagónico, ella promueve que el juez realice un control pleno sobre el actuar de la autoridad, entrando a revisar las bondades técnicas de los proyectos, junto con el mérito de las decisiones de la autoridad, esto es, si dichas decisiones son adecuadas, oportunas, convenientes y suficientes desde el punto de vista técnico y/o científico.

Esta posición considera, entre otras cosas:

(i) Que el recurso de protección es jurisdicción especializada y no necesariamente solo cautelar;

(ii) Que la Constitución Política de la República entrega a los tribunales superiores de justicia la adopción de las medidas que estime adecuadas para restablecer el imperio del derecho, sin señalar expresamente cuáles son, y por ende el juez tiene libertad para ordenar diversas medidas; y

(iii) Que el juez no se debe limitar a constatar la existencia de una racionalidad mínima de la decisión de manera de evitar la arbitrariedad, sino que también debe calificar lo adecuado y suficiente desde el punto de vista técnico y científico de la decisión.

Uno de los primeros precedentes lo constituye el llamado caso Itata[36] y el fallo Expo Pork Meat[37], en el que la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia

34 Corte de Apelaciones de Santiago, 03/12/1997, Roles N° 2426-97 y 2499-97, José Galeano Haensh y otros con CONAMA, Central Ralco, no apelada.

35 Sentencia Corte de Apelaciones de Talca, 27/11/2009, Rol N° 1526-2008, Gabriela Alfaro con COREMA de la VII Región, recurso de protección en contra de RCA del "Proyecto Central Termoeléctrica Los Robles", confirmado por sentencia Corte Suprema, 27/07/2010, Rol Nº 246-2010.

36 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 19/01/2002, Rol Nº 1100-2001. Caso Itata, sentencia redactada por el Ministro don Sergio Muñoz y luego revocada por la Corte Suprema, 19/06/2002, Rol N° 764-2002, sentencia redactada por el Ministro don Ricardo Gálvez.

37 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 04/06/2010, Rol Nº 696-2010. Sentencia

de la Corte de Apelaciones de Santiago y consideró que el director ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) no actuó conforme a derecho al aprobar este proyecto sobre la base de una DIA y no de un EIA.

"*Los antecedentes expuestos demuestran que el proyecto puede influir negativamente en la magnitud del valor turístico de la zona de Casablanca, puesto que los olores que emanen de la planta obviamente tendrán una incidencia significativa en la decisión de los turistas de visitar o no la zona, si no se asegura el total control del efecto".*

"Que teniendo en cuenta lo anterior, existe una alta probabilidad de que el proyecto genere el efecto contemplado en el artículo 11 letra e) de la Ley Nº 19.300 por lo que ante esa premisa la autoridad recurrida [director ejecutivo de la CONAMA] *no pudo acoger la reclamación* [interpuesta por el titular del proyecto] *de que se trata y al hacerlo incurrió en ilegalidad"*[38].

Para el caso de Bocamina II, "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", consistente en la modificación del proyecto de central termoeléctrica originalmente aprobada a través de un EIA, en orden a aumentar la potencia de la central de Endesa mediante el ingreso al SEIA vía una DIA, la Corte Suprema revisó los aspectos técnicos del caso, estimando que al pretender que dicha modificación del proyecto ingresara al SEIA a través de una DIA, se había incurrido en un *"error evidente", "pues la calificación de impacto ambiental de la que trata el artículo 11 ter del cuerpo legal anteriormente invocado para los casos de modificación de un proyecto, sólo se satisface por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una mera Declaración, al contrario de lo que se pretende, pues sólo de ese modo es posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno en que se ubica"*[39] .

Para el proyecto "Central Hidroeléctrica Cuervo" consistente en la construcción de un embalse y de una central hidroeléctrica, la Corte Suprema señaló *"que en estas circunstancias, el Informe Consolidado de Evaluación (ICE) adolece de ilegalidad por haber ignorado la recomendación de SERNAGEOMIN y no contener el estudio de suelo indicado, que, a juicio de esta Corte, resulta imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental"*[40].

Corte Suprema, 18/01/2011, Rol Nº 5191-2010. Ob. Cit. p.8.

38 Sentencia Corte Suprema, 18/01/2011, Rol Nº 5191-2010.

39 Sentencia Corte Suprema, 15/06/2012, Rol N° 3141-2012.

40 Sentencia Corte Suprema, 11/05/2012, Rol Nº 2463-2012.

En el caso del proyecto de Estacionamientos Subterráneos y Superficie Plaza de Armas San Felipe, se presentó un recurso de protección en contra de la resolución "Examen de Admisibilidad" dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental ("CEA") de Valparaíso, que permitió el ingreso del proyecto vía DIA (y no a través de un EIA). La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso, ordenando que ingresara a evaluación ambiental a través de un EIA, señalando que *"...lo que se impugna es la resolución denominada "Examen de admisibilidad" dictada por la CEA de Valparaíso, que determinó que el proyecto no debía someterse a un EIA, y lo que sirve de fundamento al recurso, es la normativa que debió aplicarse, ello es el cumplimiento de la normativa ambiental vigente para el componente ruido"*, por lo que la Corte acogió el recurso[41].

3.9. Respecto a los actos de mero trámite

Los actos administrativos de mero trámite son aquellos actos preparatorios del acto administrativo final, como lo son la resolución que acoge a trámite una DIA o un EIA; la resolución que extiende la suspensión del plazo de evaluación; o el ICE. Ello, en contraposición a la RCA propiamente tal, que es el acto administrativo final.

En un principio los tribunales estimaban improcedente la impugnación de actos de mero trámite, por cuanto consideraban que por su propia naturaleza dichos actos carecen de la aptitud necesaria para afectar las garantías constitucionales amparadas en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, pues como acto intermedio no podía generar efecto alguno en tal sentido.

Sin embargo, existen algunos fallos que han aceptado la posibilidad de recurrir de protección en contra de actos trámite, como lo fue el caso del proyecto "Central Termoeléctrica Castilla"[42], del proyecto "Central Hidroeléctrica Río Cuervo"[43] y del proyecto "Estacionamientos Subterráneos y Superficie Plaza de Armas San Felipe"[44], ya mencionados.

41 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11/12/2012, Rol Nº 1523-2012, proyecto "Estacionamientos Subterráneos y Superficie Plaza de Armas San Felipe". La Corte acoge el recurso, respecto de la resolución "Examen de Admisibilidad" dictada por la CEA de Valparaíso, disponiendo que el Proyecto debía someterse a un EIA.

42 Sentencia Corte Suprema, 15/11/2010, Rol Nº 7167-2010. Caso Castilla, en contra de la resolución del Seremi de Salud de Atacama.

43 Sentencia Corte Suprema, 11/05/2012, Rol. N° 2463-2012. Caso Río Cuervo, en contra del Informe Consolidado de la Evaluación Ambiental del proyecto.

44 Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11/12/2012, Rol Nº 1523-2012, proyecto "Estacionamientos Subterráneos y Superficie Plaza de Armas San Felipe". La Corte acoge el recurso, respecto de la resolución "Examen de Admisibilidad" dictada por la CEA de Valparaíso, disponiendo que el Proyecto debía someterse a un EIA. Ob. Cit. p.13.

4. Responsabilidad por daño ambiental

El artículo 3° de la Ley N° 19.300, señala que *"Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley"*.

El artículo 51, por su parte, indica que *"Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley"*. Mientras que el artículo 53, dispone que *"Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta el ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado"*.

Los cuatro elementos característicos de esta responsabilidad son la existencia de una acción u omisión voluntaria de una persona capaz, que ésta actúe con culpa o dolo, que provoque daño ambiental y exista relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño.

Del daño ambiental pueden surgir dos clases de responsabilidad y, por lo tanto, dos tipos de acciones, por una parte, la acción ambiental destinada a obtener la reparación material del medio ambiente dañado, y por otra, la acción indemnizatoria ordinaria destinada al resarcimiento pecuniario de los perjuicios individuales (en bienes o en la personalidad), derivados del daño ambiental.

El problema surge respecto de aquellos daños ambientales irreparables o de difícil o incierta reparación. Respecto a éstos, la jurisprudencia ha indicado que en estos casos procede subsidiariamente la acción de indemnización de perjuicios, ello *"por aplicación supletoria de los normas civiles de responsabilidad extra contractual, en especial el art. 2314 del Código Civil"*[45].

En esta materia cabe señalar que en diversos fallos relevantes se ha sostenido que el Fisco de Chile tiene legitimación activa para deducir la acción indemnizatoria por daño sobre bienes privados. Ello ocurrió en el caso del Fisco contra Forestal Candelaria del Río Puelo S.A y otros, en este caso el Consejo de Defensa del Estado ("CDE") interpuso una demanda de reparación ambiental y de indemnización de perjuicios en contra de dicha empresa forestal, dueña de un predio privado en el que se efectuó la tala ilegal de bosque nativo y alerces, *ello "por revestir la calidad de directamente afectado* [El Fisco] *y la significancia del bien afectado en relación al patrimonio ambiental nacional"*[46].

45 Sentencia de primera instancia por el denominado Caso Conchales, en Bahía Ilque, 2º Juzgado de Letras de Puerto Montt, 19/12/2002, Rol Nº 612-99.

46 Sentencia Corte Suprema, 31/08/2010, Rol N° 5027-2008. Fisco de Chile con Forestal

Otro caso en el que se sostuvo el mismo criterio fue el del Fisco de Chile contra Servicio de Vertedero Los Maitenes Limitada, esta vez *"por estimar que el daño significativo que se ha producido al medio ambiente, es grave y de una magnitud relevante, más allá de lo razonablemente previsible y tolerable como mal menor"*[47], en este caso se dictó sentencia de reemplazo acogiendo las acciones de reparación e indemnización al Fisco.

En materia de daño ambiental la significancia del daño no solo se relaciona con la magnitud o con un aspecto físico o material, sino que también por la valoración que se hace del bien dañado. Ello se ha sostenido en diversos fallos, estimando que el concepto de daño significativo dice relación también con *"la alteración de elementos irremplazables y de contexto arqueológico o científico que posibilitan el estudio y análisis de dicho sitios arqueológicos"*[48].

Lo mismo ocurrió con el fallo relativo a la corta ilegal de alerce en la comuna de Fresia, señalándose *"que dadas las características propias de la especie "alerce" que se han descrito precedentemente no cabe sino concluir que se ha producido un significativo daño ambiental por la pérdida de dicha especie, como asimismo se ha producido la destrucción de la flora vecina y la emigración de la fauna asociada al ecosistema único"*[49].

También en esta línea se encuentra la sentencia de la Corte Suprema que se pronunció respecto a la contaminación del Embalse Pitama, señalando que "*debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo. Tal criterio se basa en que no resulta razonable esperar un mayor, grave e irrecuperable resultado lesivo para hacer lugar a una acción medioambiental que busca mitigar y reparar los efectos perjudiciales de una conducta que sí afecta el medio ambiente de manera relevante y, por lo mismo significativa, cuando el propósito del legislador es precisamente la prevención de su acaecimiento"*[50]. Dentro de los elementos que los tribunales han considerado para la determinación del monto de la indemnización de perjuicios, se encuentran la existencia efectiva del daño, la reparación íntegra, el valor arqueológico y patrimonial de los sitios afectados, la contribución del demandante al daño producido, la magnitud del daño y los reajustes (desde la notificación) e intereses a pagar (desde la ejecutoriedad).

Candelaria del Río Puelo S.A y otros.

47 Sentencia Corte Suprema, 04/12/12, Rol Nº 10.884-2011. Fisco de Chile con Servicio de Vertedero Los Maitenes Limitada.

48 Fisco de Chile con Compañía Industrial Puerto Montt, Rol N° 1999-2004. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt confirma lo señalado por la de primera instancia, 02/04/04, Rol N°11.652-2000.

49 Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, 05/03/2012, Rol N° 556-2011, no recurrida. Fisco de Chile con Alex Alberto Patricio Lagomarsino.

50 Sentencia de reemplazo Corte Suprema, 20/04/2011, Rol N° 396-2009, Asociación de Canalistas del Embalse Pitama con Soc. Concesionaria Rutas del Pacifico.

No obstante lo anterior, los tribunales aceptan la reserva de la discusión de la especie y del monto de los perjuicios para la etapa de cumplimiento de la sentencia, de acuerdo a lo indicado en el artículo 173 inciso 2º Código de Procedimiento Civil[51].

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Pierry Arrau, Pedro, "*Tribunales contencioso administrativos*", en Revista de Derecho, Año 1 - Nº 2, diciembre 2000.

Osvaldo de la Fuente, "*El Control Judicial de las Resoluciones de Calificación Ambiental*", tesis de la Universidad de Chile, rendida y publicada con fecha 27 de abril de 2011.

NORMAS CITADAS

Ley Nº 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Decreto Supremo N° 40/2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, del Ministerio del Medio Ambiente.

Constitución Política de la República.

Código Civil.

51 Ej.: Sentencia del 1º Juzgado de Letras Puerto Montt, 29/11/2007, Rol Nº 31-2002, confirmada por sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 22/05/2008, Rol N° 96-2008, Fisco con Inversiones Errázuriz Limitada, y sentencia Corte Suprema por contaminación del Embalse Pitama, 20/04/2011, Rol N° 396-2009.

ACCESO A LA JUSTICIA EN EL CONTEXTO DEL MECANISMO DE DESARROLLO LIMPIO ESTABLECIDO POR EL PROTOCOLO DE KIOTO. EL CASO DE CHILE.

Felipe Ramírez Parada[1]

1. Introducción

Existen diversas teorías sobre la justicia que se pueden aplicar al medio ambiente, como objeto de preocupación humana. Una dimensión importante de la justicia ambiental es, la justicia del cambio climático, que se refiere a la distribución de las responsabilidades (reparto de la carga) que le caben a los distintos países por el calentamiento global y sus efectos, y que está directamente relacionada con uno de los principios fundamentales que informan el régimen jurídico del cambio climático: el principio de "Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas (RCPD)"[2]; una manifestación más práctica del principio general de equidad en el derecho internacional.

Sin embargo, la justicia ambiental y el cambio climático resultan ser conceptos demasiado extensos para ser tratados ampliamente en el presente ensayo, por lo que este trabajo hará referencia a un aspecto más particular de la justicia, la "Justicia Procedimental"[3] y cómo se concibe en uno de los más innovadores mecanismos basados en el mercado establecidos por el Protocolo de Kioto para combatir el cambio climático: el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL). Este instrumento, que apunta a reducir la brecha entre las economías industrializadas y aquellas en desarrollo en términos de tecnología y financiamiento para un desarrollo sostenible, al tiempo que permite a los países desarrollados externalizar y abaratar el costo de reducir sus emisiones en casa, ha sido un importante motor de inversión en proyectos de generación de energía en nuestro país, especialmente en el ámbito de las energías renovables no convencionales (ERNC).

Luego, atendida la continuidad del Protocolo de Kioto en un nuevo periodo de cumplimiento a partir del año 2013, y siendo el MDL el único instrumento regulatorio basado en el mercado en permitir la participación de

---

1 Abogado P. Universidad Católica de Chile. LL.M University College London

2 Articulado por primera vez en el Principio 7 de la Declaración de Rio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, (junio, 1992). ONU, Doc A/CONF.151/26, vol 1.

3 La justicia procedimental, se refiere a la equidad y transparencia de los procesos a través de los cuales se toman las decisiones, está vinculada al debido proceso y puede ser contrastado con la justicia distributiva (equidad en la distribución de los derechos o recursos), y la justicia retributiva (equidad en la rectificación de los errores).

países en desarrollo, analizaremos el acceso a la justicia procedimental en el contexto del ciclo de aprobación de un proyecto participante en el MDL (o simplemente, proyecto MDL), enfocándonos, más adelante, en Chile como caso de estudio.

De esta forma, veremos que, pese a la existencia de un aceptable y equitativo acceso a la información y algunas instancias de participación ciudadana durante el proceso de aprobación, validación y certificación de un proyecto MDL, estas últimas carecen del peso necesario para constituir significativos aportes, y el acceso a la justicia en este mecanismo contra el cambio climático se ve finalmente comprometido por el alto nivel de discrecionalidad con que cuentan algunos de sus actores y la ausencia de procedimientos de revisión y apelación de las decisiones que gobiernan el sistema. Finalmente, concluiremos revisando la legislación e institucionalidad ambiental Chilena, para constatar cómo sus principios, normas y recursos, aportan favorablemente a la justicia y transparencia del proceso entendido como un todo.

2. Justicia ambiental, justicia del cambio climático y justicia procedimental

2.1. Justicia ambiental

La noción de justicia ambiental es el resultado natural del entorno cerrado y limitado en el que la humanidad se encuentra inmersa, y respecto al cual somos completamente dependientes, no sólo por los recursos que necesitamos para el desarrollo de nuestra sociedad, sino también para asegurar nuestro bienestar como individuos[4]. Teniendo en cuenta lo anterior, el medio ambiente juega un rol central en la inevitable lucha, dentro de la sociedad humana, por la satisfacción de nuestras ilimitadas necesidades y deseos, y por la repartición de los costos que dicha satisfacción conlleva, de manera tal que la política ambiental ha sido gradual pero constantemente invadida por preocupaciones de carácter social-distributivo y distintas nociones de justicia.

En relación a lo anterior, como explica Bosselmann, "el término justicia ambiental por primera vez tuvo preminencia durante la década de 1970, a partir del movimiento de justicia ambiental en los Estados Unidos, que se centró principalmente en la injusta distribución de beneficios y cargas en el contexto del uso y la protección ambiental"[5]. Este movimiento buscó conectar la preocupación por la integridad del medio ambiente con demandas por justicia social, en

4 Barry J. (1999): "Green Politics and Intergenerational Justice: Posterity, Progress and the Environment." en B. Fairweather and others (eds.) *Environmental Futures* (Macmillan) pp. 57-58.

5 Bosselmann K. (2006): "Ecological Justice and Law", en B. Richardson y S. Wood (eds), *Environmental Law for Sustainability: A Critical Reader* (Hart Publ.) pp. 131-132.

particular, por la desproporcionada imposición de cargas ambientales en las comunidades de bajos ingresos y de color[6].

Sin embargo, a través de las décadas, la expansión de los movimientos de justicia ambiental a otros países, junto con la creciente concientización acerca de los nocivos efectos de la actividad humana sobre el ecosistema mundial, contribuyeron a la pérdida del enfoque racial y ampliaron el alcance del concepto para abarcar nuevas inquietudes de índole ambiental, tales como el acceso y la participación en la toma de decisiones de relevancia ambiental, el uso sostenible de los recursos naturales, la pérdida de hábitat naturales, la salud pública y la calidad de vida o los derechos sociales a un aire, una tierra y un agua limpios. Por otra parte, la aparición de un gran grupo de filosofías ambientales ecocéntricas, el desarrollo de importantes ideas relacionadas con los derechos de las generaciones futuras y los progresos alcanzados en el ámbito de la cooperación internacional para enfrentar de manera conjunta algunas de las inminentes amenazas para el medio ambiente global, trajo consigo nuevas concepciones de justicia a la discusión medio ambiental. La justicia intergeneracional, la justicia ecológica y la justicia del cambio climático, como una ilustración de lo anterior, despertaron nuevas categorías dentro de la justicia ambiental.

2.2. Justicia del cambio climático

En este punto, y a modo de ilustración, es útil hacer una breve referencia al emergente concepto de justicia del cambio climático. Se basa en la premisa de que el calentamiento global incumbe a todos los países y regiones, por lo que cada Estado debe contribuir en lo posible a reducir sus impactos en el medio y avanzar hacia "la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático"[7]. Sin embargo, los efectos acumulativos del calentamiento global, tienden a afectar más gravemente a los países en desarrollo, a aquellos menos desarrollados y a los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, que poco o nada han aportado al problema. Luego, durante el necesario proceso de asignación de responsabilidades y cargas para afrontar el cambio climático, una distribución igualitaria dentro de las naciones parece chocar con la idea de justicia como un estado deseable de equidad.

No obstante lo anterior, para Rawls, una distribución desigual podría llegar a ser justa, siempre y cuando el sector de la sociedad con la menor riqueza estuviera

6 Brunnee J. (2009): "Climate Change, Global Environmental Justice and International Environmental Law", en J. Ebbesson and P. Okowa (eds), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press) pp. 318-319

7 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (adoptada el 9 de mayo de 1992, en vigencia desde el 21 de marzo de 1994). *International Legal Materials (ILM)*. 1992, vol 31, pp. 849-875. (CMNUCC). Art. 2°.

mejor de lo que de otra forma estaría[8]. Esta misma idea, a nivel internacional, se ha ido materializando en el principio de RCPD, que ha encontrado expresión prominente en el régimen de cambio climático, para abordar las profundas desigualdades entre los países industrializados y el mundo en desarrollo, reconociendo las diferencias históricas en sus contribuciones a los problemas ambientales globales, y sus respectivas capacidades económicas y técnicas para hacer frente a estos problemas. De acuerdo con esto, y a otras importantes doctrinas desarrolladas en el plano del derecho internacional, tales como el "Derecho al Desarrollo", los países en vías de desarrollo han sido excusados de las restricciones ambientales y obligaciones que los países desarrollados deben observar en el contexto de acuerdos internacionales sobre el clima como "El Protocolo de Kioto"[9].

Este tratado internacional vinculante, ha sido también la plataforma para un particularmente exitoso mecanismo basado en el mercado que fomenta la inversión y la transferencia de tecnología de reducción de gases de efecto invernadero desde países desarrollados a países en desarrollo, contribuyendo así a los objetivos de desarrollo sostenible de estos últimos, como veremos a continuación.

2.3. Justicia procedimental en el contexto de un instrumento para combatir el cambio climático orientado al mercado

Aunque la justicia del cambio climático es en esencia una cuestión de justicia distributiva entre Estados, y el principio de RCPD esboza claramente los parámetros de una distribución razonable, es esencial prestar atención al papel de la justicia procedimental en el contexto del proceso global de toma de decisiones que este reparto de cargas y responsabilidades implica, y que Brunnée identifica directamente con una "participación equitativa en la toma de decisiones y un justo proceso"[10]. En este sentido, el pleno acceso a la información y la libre participación de todos los países en el desarrollo de los acuerdos y en la toma de decisiones sobre el cambio climático, es la única manera en la que el proceso puede ser ampliamente visto como uno justo y legítimo.

De esta forma, la justicia procedimental juega un papel indispensable informando el funcionamiento de los planes y medidas adoptadas por la comunidad global en su búsqueda por alcanzar una distribución justa de cargas y derechos en la esfera del cambio climático. Algunas de estas medidas corresponden al conjunto de compromisos internacionales vinculantes sobre la reducción de emisiones, donde los elementos de justicia procedimental pueden identificarse, por ejemplo,

8 Brunnee J. (ver N° 5). p. 320.

9 Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (adoptado el 12 de diciembre de 1997, en vigencia desde el 16 de febrero de 2005). *ILM*. 1998, vol 37, pp. 22-46. (Protocolo de Kioto).

10 Brunee J. (ver N° 5). p. 328.

con la publicidad de los informes y reportes de todos los países miembros de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), la transparencia exigida en el proceso de monitoreo de emisiones o la posibilidad de revisar las decisiones de la autoridad sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos. Asimismo, otras de estas medidas, mucho más tangibles, corresponden a los mecanismos e instrumentos desarrollados en los acuerdos internacionales para contribuir al desafío de frenar el cambio climático. Particularmente, en uno de estos instrumentos basado en el mercado y diseñado para disminuir el costo de reducir emisiones, la justicia procedimental está directamente relacionada con el acceso a la información, la participación pública y la posibilidad de impugnar las decisiones de los actores clave dentro del sistema, es decir, a la existencia de un debido proceso. Considerando lo anterior, vamos a analizar cómo se entiende la justicia procedimental en el contexto de uno de estos instrumentos, el Mecanismo de Desarrollo Limpio.

3. Acceso a la justicia en el Mecanismo de Desarrollo Limpio

3.1. Mecanismo de Desarrollo Limpio

El Protocolo de Kioto, de la CMNUCC, ha sido la plataforma de una serie de compromisos internacionales asumidos por los países desarrollados y las economías en transición (países del Anexo I bajo el marco de la CMNUCC), para limitar o reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), con el fin último de mantener el calentamiento global por debajo de 2°C. Los países con obligaciones en virtud de este acuerdo internacional son animados a perseguir el cumplimiento de sus objetivos de reducción, principalmente a través de la adopción de medidas a nivel nacional, en forma individual o conjunta. Sin embargo, en orden a asistir a estos países a alcanzar los niveles de mitigación requeridos, el Protocolo de Kioto introdujo tres "mecanismos de flexibilidad" destinados a facilitar el cumplimiento de sus compromisos rebajando el costo de reducir emisiones. Estos son: el Comercio Internacional de Emisiones (CIE)[11], el Mecanismo de Desarrollo Limpio[12] y la Implementación Conjunta (IC)[13].

Mientras el CIE es un mecanismo de mercado que permite la distribución rentable de derechos de emisión (créditos o bonos de carbono), dentro de un sistema en el que el monto global de emisiones está fijado; la IC y el MDL son dos mecanismos basados en el desarrollo de proyectos que alimentan el mercado de bonos de carbono. Con todo, el MDL destaca por ser el único mecanismo creado bajo el alero del Protocolo que involucra la participación de países en vías de

11 Protocolo de Kioto. Art. 17.

12 Ibíd. Artículo 12.

13 Ibíd. Artículo 6.

desarrollo. En efecto, el MDL permite externalizar la reducción de emisiones a favor de los países industrializados, mediante su inversión en proyectos "verdes" radicados en países en desarrollo, capaces de generar "certificados de reducción de emisiones" (CERs, por su sigla en inglés *"certified emissions reductions"*), cada uno equivalente a una tonelada de CO2, que pueden usarse como créditos transables para contribuir al cumplimiento de parte de sus obligaciones de mitigación, a un menor costo que en sus respectivos territorios.

El MDL es, por lo tanto, una de las innovaciones más notables en la esfera de la política y el derecho del cambio climático, ya que congrega a países incluidos y no incluidos en el Anexo I en torno al mismo objetivo ambiental. De acuerdo al Protocolo, la razón de ser del MDL es asegurar el desarrollo sustentable de los países no desarrollados mediante la promoción y facilitación de la inversión en tecnologías para una energía limpia y la construcción de capacidades en sus territorios. Además, dentro de los requisitos que se exigen de los proyectos que participan del MDL, está el demostrar que se producen beneficios reales, mesurables y a largo plazo relacionados con la mitigación del cambio climático y, que la reducción de emisiones que generan es adicional a las que se producirían en ausencia del proyecto MDL certificado[14].

En Chile, el MDL ha demostrado un significativo potencial en varias áreas relacionadas con la generación de energía, con más de 140 proyectos registrados o en trámite[15], de los cuales alrededor de un 75% corresponden a proyectos de ERNC.

Luego, si consideramos que una de las directrices de la nueva Agenda Nacional de Energía publicada en mayo de este año 2014, es levantar las barreras existentes para las ERNC en Chile, comprometiéndose a que al menos un 45% de la capacidad de generación eléctrica que se instalará en el país entre los años 2014 a 2025 provendrá de este tipo de fuentes, cumpliendo de esta manera la meta de un 20% de inyección de ERNC en nuestro sistema eléctrico para el año 2025, conforme a la Ley N° 20.698[16], no podemos más que concluir que, de continuar el MDL en la agenda internacional de combate contra el cambio climático[17], dicho

14 Protocolo de Kioto. Art. 12 N° 5.

15 UNEP DTU. *Center on Enegy, Climate and Sustainable Development. CDM/JI Pipeline, Analysis and Database*. Disponible en: <http://cdmpipeline.org/publications/CDMPipeline.xlsx> [consulta: 20 de agosto 2014].

16 Ley N° 20.698, Propicia la ampliación de la matriz energética, mediante fuentes renovables no convencionales. 22 de octubre 2014. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20698&tipoVersion=0> [consulta: 22 de agosto 2014].

17 En la Convención sobre el Cambio Climático de Durban, en 2011, se aprobó un segundo periodo para el Protocolo Kioto a partir de enero de 2013 y se acordó extender el funcionamiento del MDL. Sin embargo, su utilidad está restringida a aquellos países desarrollados que hayan presentado compromisos en este segundo periodo. Asimismo, a partir de enero de 2013, no pueden venderse créditos de carbono provenientes de países en desarrollo en el Sistema de Transacción de Emisiones de la UE (el más grande mercado mundial de carbono), mientras no se alcance un nuevo y vinculante acuerdo internacional en la Convención sobre el Cambio Climático de París, el año 2015. En dicha instancia, se podría reemplazar el MDL por un nuevo mecanismo de mercado que está actualmente en desarrollo.

mecanismo presentará aún más oportunidades para los desarrolladores nacionales e internacionales y se posicionará, sin duda, como una muy importante fuente de inversión.

Ahora, pese a que el artículo 12 del Protocolo establece claramente: "El propósito del mecanismo de desarrollo limpio es ayudar a las Partes no incluidas en el Anexo I a lograr un desarrollo sustentable y contribuir al objetivo último de la Convención (...)"[18], en la literatura del cambio climático, la mayoría de los comentaristas hacen hincapié en la importancia del segundo objetivo del MDL; ayudar a las partes incluidas en el Anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos de reducción de emisiones. Esto se refleja también en la práctica del MDL, que "ha demostrado que los proyectos del MDL se inician en gran medida por la demanda de CERs de bajo costo, lo que conlleva a una serie de proyectos ad-hoc, en lugar de servir a las políticas ambientales de los países anfitriones"[19].

Es aquí donde se hace fundamental la transparencia, la rendición de cuentas y la participación pública como reflejo de la justicia procedimental que debe estar presente en el ciclo de un proyecto de MDL, para asegurar el cumplimiento de sus fines, tal como lo veremos a continuación.

3.2. El ciclo de proyectos del MDL y sus actores

El ciclo que sigue un proyecto MDL es, en esencia, muy similar al proceso general de cualquier otro, donde hay una serie de etapas que se deben cumplir paso a paso.

Comienza con una etapa de diseño, en que los desarrolladores o proponentes de la iniciativa, deben procurar cumplir con determinadas modalidades y procedimientos preestablecidos, para asegurar que posteriormente éste será validado y registrado como proyecto MDL. Una de las tareas más complejas de esta etapa, es asegurar que el proyecto que se propone use las metodologías aprobadas para definir la línea de base necesaria para acreditar el requisito de adicionalidad y para el proceso de monitoreo, así como aplicar correctamente dichas metodologías al tipo de actividad de que se trata. A continuación, existe una etapa de validación, donde los proponentes recurren a la aprobación de entidades certificadoras externas y luego a la de la autoridad nacional respectiva, para finalmente presentar el proyecto revisado ante un órgano supranacional y solicitar su registro. Una vez

18 Protocolo de Kioto. Art. 12, N°2.

19 Karakosta C.; Doukas, H; Psarras, J (2009): "Directing clean development mechanism towards developing countries' sustainable development priorities". *Energy for Sustainable Development*, vol 13, pp. 77-84.

aceptada la solicitud de registro de la iniciativa como proyecto MDL, le sigue una etapa de implementación donde este se monitorea y se verifica periódicamente que vaya logrando las reducciones de emisiones de GEI comprometidas. Por último, hay una etapa de certificación, donde se deja constancia de la conformidad del proyecto con los resultados propuestos, para así finalmente poder emitir los CERs que correspondan.

En referencia a los actores dentro del sistema, el ciclo de un proyecto MDL tiene la particularidad de reunir y coordinar la participación conjunta de instituciones públicas y privadas. En esta línea, como lo estipula el mismo Protocolo: "El MDL estará sujeto a la autoridad y orientación de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo y a la supervisión de una junta ejecutiva"[20]. Por lo tanto, la Conferencia de las Partes, actuando en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo (CP/RPP), es el máximo órgano de gobierno del MDL y el último responsable del mismo. Por su parte, la Junta Ejecutiva del MDL (también, JE), establecida para supervisar el mecanismo y desarrollar principalmente funciones de registro y regulación, es el órgano clave del sistema. Asimismo, dentro del organigrama institucional de la Junta Ejecutiva, hay un grupo de órganos consultivos establecidos como paneles o grupos de trabajo de expertos que la asesoran y operan de acuerdo con las directrices y orientaciones de ésta.

Otros actores fundamentales dentro del MDL son las Entidades Operacionales Designadas (EODs) y las Autoridades Nacionales Designadas (ANDs). Las EODs pueden ser personas jurídicas de derecho privado u organizaciones internacionales, que son contratadas por los proponentes de un proyecto y actúan como certificadores externos, validando los proyectos y verificando las reducciones de emisiones. Por su parte, las ANDs son autoridades públicas designadas por los países anfitriones para verificar el cumplimiento de la normativa nacional por parte de los proyectos ya validados por las EODs, y para confirmar la contribución de estos últimos a la consecución de un desarrollo sostenible, tomando en consideración las prioridades del respectivo país.

Por último, el público, como una importante fuente de escrutinio, juega un papel decisivo en garantizar la credibilidad y legitimidad del sistema. Dentro del ciclo de un proyecto MDL, toda la información relevante para la toma de decisiones, se pone a disposición del público, que es animado constantemente a asumir una posición activa y a participar en algunas de las etapas del ciclo.

3.3. Justicia procedimental en el ciclo de proyectos MDL

El MDL sólo puede tener éxito como instrumento para enfrentar el cambio climático si los participantes en el sistema, en especial los proponentes de proyectos,

20 Protocolo de Kioto. Artículo 12, N°4.

confían en que el procedimiento que conduce a la eventual emisión y transferencia de CERs se administra de forma transparente y justa[21]. De esta forma, preguntas sobre la independencia o imparcialidad de los órganos de gobierno del MDL, la apertura y transparencia del proceso o la posibilidad de apelar o revisar las decisiones y medidas eventualmente perjudiciales, surgen comúnmente de los proponentes y participantes en los proyectos, así como del público. Luego, estas inquietudes no vienen sino a exponer las falencias de algunos de los componentes esenciales del debido proceso y de las garantías de un verdadero acceso a la justicia en el ciclo de proyectos MDL. Por lo tanto, analizaremos cada uno de estos elementos por separado.

3.3.1. Independencia e imparcialidad

Algunos de los actores en el ciclo de un proyecto MDL son naturalmente libres para representar sus intereses privados y particulares, mientras que otros son llamados a mantenerse estrictamente neutrales e independientes. La Junta Ejecutiva, las EODs y los paneles de expertos, forman parte de este segundo grupo, donde cualquier posible conflicto de intereses debe evitarse, ya sean de carácter financiero, político o personal.

De acuerdo con las Modalidades y Procedimientos para el MDL, aprobadas por la CP/RPP en su primera sesión[22], la Junta Ejecutiva está compuesta por 10 miembros y 10 suplentes de países Partes del Protocolo de Kioto. La selección de los miembros sigue criterios estrictos: un miembro de cada uno de los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas, otros dos miembros procedentes de Partes incluidas en el anexo I, otros dos miembros procedentes de Partes no incluidas en el anexo I, y un representante de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo. El objetivo aquí fue crear un equilibrio adecuado en la representatividad de la JE. No obstante lo anterior, los miembros de este órgano intergubernamental deben actuar a título personal y no representar el interés particular de ningún gobierno o región. Además, no podrán tener interés pecuniario ni financiero alguno, sobre ningún aspecto de los proyectos MDL ni en ninguna EOD. En este sentido las reglas de procedimiento aprobadas, exigen que al principio de cada reunión los miembros de la JE confirmen que no tienen interés en ningún proyecto o EOD.

Las reglas aquí mencionadas representan el estándar mínimo que podría esperarse de un órgano de gobierno supuestamente independiente. Sin embargo, como Streck y Lin argumentan, en la práctica, la interpretación de lo que constituye

21 Streck C. y Lin J. (2008): "Making Markets Work: A Review of CDM Performance and the Need for Reform", vol 19(2), *EJIL* 409. p. 417.

22 Decisión 3/CMP.1 Annex. "Modalities and procedures for a clean development mechanism, as defined in Article 12 of the Kyoto Protocol" FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.1 (Modalidades y Procedimientos).

"intereses en conflicto" es *de facto* reducido a la cuestión de si existe un conflicto de intereses financiero, mientras que los conflictos políticos de interés son comunes y no impugnados[23]. En efecto, no es raro ver a miembros de la Junta Ejecutiva realizar varios roles a la vez, su experiencia les lleva a participar en la cadena de decisiones de muchas otras instituciones relacionadas con el MDL, trabajar como asesores o representantes de las ANDs de sus países o estar a cargo de importantes programas de compras de CERs. Por ejemplo, si hacemos el ejercicio de entrar en el sitio web del MDL[24] y estudiamos la composición de la Junta Ejecutiva, veremos que la persona que hasta el año 2013 se desempeñaba como su Presidente, es un asesor de alto nivel en el Ministerio de Medio Ambiente de Noruega. Luego, si buscamos la Autoridad Nacional Designada de Noruega, el resultado será la Agencia para el Clima y la Contaminación, un organismo dependiente de dicho Ministerio. Así también, de acuerdo al currículum del actual Presidente de la JE, éste se desempeña como asesor en temas energéticos y de desarrollo sustentable para el Gobierno de Granada. Finalmente, otros tres miembros de la actual Junta Ejecutiva, trabajan en los respectivos Ministerios del Medio Ambiente de sus países de origen, donde llama la atención, el que uno de ellos sea jefe de la sección de "Proyectos de Reducción de Emisiones" de la Agencia Federal del Medio Ambiente, que actúa como AND para Alemania, justamente la unidad encargada de la postulación de proyectos al MDL.

En nuestra opinión, el origen del problema parece tener dos dimensiones; el hecho de que actualmente los miembros de la JE no tengan dedicación absoluta en su cargo sino que se desempeñen a tiempo parcial y, por lo tanto, cuenten con otros puestos de trabajo; y, la ausencia de un código de conducta formal con un claro contenido. Ahora, mientras la sustitución de una JE a media jornada por una a tiempo completo fue considerada, sin éxito, durante la cuarta sesión de la CP/RPP en Poznań, en diciembre de 2008, no se ha tenido ninguna discusión que pudiese llevar a un compromiso más profundo y exigente de evitar todo tipo de conflicto de intereses al interior de este órgano ejecutivo[25]. Es por ello que en la actualidad, muchos de sus miembros se enredan en una complicada red de intereses políticos y/o personales, que es tolerada por la CP/RPP y por los propios miembros de la JE.

De manera similar a las reglas que se aplican a los miembros de la Junta, los miembros de los paneles de expertos y de los grupos de trabajo deben actuar a título personal, y son seleccionados a partir de convocatorias públicas de candidatos, de acuerdo con las directrices generales de la JE. Por otro lado, la gran responsabilidad delegada por la CP/RPP a las EODs y el importante papel que desempeñan en la validación, verificación y certificación de los proyectos, implica que estas deben ser estrictamente neutrales y no participar de ninguna manera en su diseño.

23 Streck C. y Lin J. (ver N° 20). pp. 418.

24 Sitio web del Mecanismo de Desarrollo Limpio: https://cdm.unfccc.int/

25 Purdy R. (2009): "Governance Reform of the Clean Development Mechanism after Poznan", *Carbon & Climate L. Rev,* vol 5, p. 7.

3.3.2. Transparencia y participación

La transparencia y el escrutinio público juegan un importante rol en la tarea de garantizar la integridad y la legitimidad de todo el sistema y, por lo tanto, el principio rector del ciclo de proyectos MDL es la disponibilidad pública de toda la información que sea base para la toma de decisiones[26].

Además, como una contribución inherentemente beneficiosa para una toma de decisiones democrática en el ciclo de un proyecto MDL, éste contempla un espacio de participación ciudadana durante dos de sus etapas:

a) Durante la etapa de diseño de un proyecto MDL, los proponentes del proyecto deberán invitar los comentarios de los interesados locales, proporcionar un resumen de las observaciones recibidas, y elaborar un informe a la EOD respectiva sobre cómo se tomó debida cuenta de ellas[27]; y

b) Durante la etapa de validación de un proyecto, la EOD debe poner el documento de diseño del proyecto (DDP) a disposición del público. Posteriormente, recibirá, durante el plazo de 30 días, observaciones sobre los requisitos de validación por parte de miembros del Protocolo de Kioto, interesados en el proyecto y organizaciones no-gubernamentales acreditadas por la CMNUCC, las que deberá hacer públicamente disponibles[28].

No obstante lo anterior, aunque las Modalidades y Procedimientos exigen a los proponentes de proyectos invitar las observaciones de los interesados locales en un primer período de participación ciudadana, las reglas no especifican cómo deben extender esta invitación, el tipo de información que se debe proporcionar, ni la forma y el plazo en que debe ser proporcionada. Asimismo, las Modalidades y Procedimientos fallan en abordar el tema de la accesibilidad de la información para las comunidades locales en cuanto al lenguaje (el MDL no requiere la traducción de documentos al idioma local), y el uso de medios culturalmente apropiados (en la práctica, la Junta Ejecutiva distribuye el sitio web del MDL en formato CD-ROM)[29].

Del mismo modo, las normas del MDL no ofrecen orientación sobre dónde, cuándo o cómo la EOD debe hacer el DDP disponible al público durante el segundo período de participación ciudadana.

26 Modalidades y Procedimientos (ver N° 21), párrafo 27(h).

27 Ibíd. párrafo 37 (b).

28 Ibíd, párrafo 40 (b) y (c).

29 Ver EDDY N. y WISER G. (2002): "Public Participation in the Clean Development Mechanism of the Kyoto Protocol, en Carl Bruch (ed), *The New Public: The Globalization of Public Participation*, CIEL, p. 207.

La transparencia también se aplica al trabajo de la JE, donde se ha hecho un gran esfuerzo para incluir en el sitio web del MDL información actualizada acerca de sus reuniones. Además, las Modalidades y Procedimientos dictan que las sesiones de la JE estén abiertas a la asistencia, en calidad de observadores, de todas las partes y todos los interesados locales acreditados por la CMNUCC, salvo que la JE decida restringir el ingreso. Por último, el texto completo de todas las decisiones adoptadas por la JE se pone a disposición del público[30].

Sin embargo, las críticas han apuntado al hecho de que en la práctica "hay una clara tendencia a limitar la asistencia a las reuniones de la Junta Ejecutiva y de llevar a cabo sesiones a puerta cerrada"[31].

3.3.3. Revisión y apelación

Este es quizás el elemento que mejor representa el acceso a la justicia en cualquier procedimiento. "Es una condición necesaria en un procedimiento administrativo justo que las entidades que se ven afectadas por las decisiones de un órgano regulador tengan acceso a una revisión completa y justa de la decisión en cuestión"[32].

Sin embargo, el MDL no ha logrado desarrollar un debido proceso para garantizar una fundamental equidad, justicia y respeto de los derechos de propiedad.

Estas alegaciones se originan en el hecho que, no obstante la inmensa mayoría de las entidades que comercian en el mercado de créditos de carbono del MDL pertenecen al sector privado, los derechos procesales de estos privados son muy limitados. En efecto, la JE del MDL representa una excepción dentro de los organismos internacionales, al contar con la autoridad para tomar decisiones administrativas que afectan directamente a los participantes no estatales dentro del sistema y, sin embargo, no estar sujeta a ningún procedimiento para la revisión de sus decisiones. Bajo el régimen del MDL, los participantes no estatales expuestos a decisiones que pueden afectar su propiedad y/o la libertad de ejercer una profesión, no cuentan con un mecanismo de apelación[33].

En efecto, para participar en el MDL, los desarrolladores de proyectos se ven obligados a suscribirse a las Modalidades y Procedimientos y a aceptar la autoridad de la JE, porque sólo este comité intergubernamental podrá registrar proyectos y emitir CERs. Luego, como las normas del MDL no proporcionan ningún proceso

30 Modalidades y Procedimientos (ver N° 21), párrafos 16 y 17.

31 STRECK C. y LIN J. (ver N° 20). pp. 418.

32 Streck C. y LIN J. (ver N° 20). pp. 420.

33 Ver Von Unger M. y Streck C. (2009): "Appellate Body for the Clean Development Mechanism: A Due Process Requirement", *Carbon & Climate L. Rev.,* vol 31, p. 31.

de apelación, las EODs no cuentan con recursos para impugnar, por ejemplo, una eventual decisión de la JE de suspender o retirar su acreditación, y los mismos desarrolladores de proyectos no pueden objetar cuando la JE decide no registrar un proyecto o se niega a emitir CERs.

Esto constituye una preocupación real si tenemos en cuenta que en el MDL se toman decisiones de inversión muy importantes, en base a la premisa de recibir CERs que recompensen el logro de reducir emisiones. Cualquier decisión de la JE que impida o reduzca la posibilidad de obtener CERs, tiene el poder de causar grandes pérdidas financieras a los desarrolladores de proyectos, así como un potencial daño a su reputación. Es por tanto inconcebible que el procedimiento no permita a aquellos afectados ser oídos.

Una responsabilidad delegada como la que tiene la JE de parte de la CP/RPP, tiene que ser respaldada por el valor de la accountability, o rendición de cuentas bajo responsabilidad. En este caso, la rendición de cuentas se encuentra limitada por la inexistencia de un mecanismo de revisión que asegure tanto la legitimidad, como la eficacia de la gobernanza del MDL. La necesidad de establecer un mecanismo de ese tipo ha sido reconocida por innumerables académicos, así como por Partes en el Protocolo de Kioto, sin embargo, todavía está a la espera de ser trasladada a la práctica[34].

Sin ir más lejos, en su quinto periodo de sesiones, durante la Conferencia sobre el Cambio Climático celebrada en Copenhague en diciembre de 2009, la CP/RPP solicitó a la JE establecer, en consulta con las partes interesadas, procedimientos para considerar apelaciones interpuestas por los actores directamente involucrados, definidos de manera conservadora, en el diseño, aprobación o implementación de proyectos o propuestas de proyectos MDL[35].

Consistente con dicha solicitud, en abril de 2010, la JE llamó a una consulta pública para presentar propuestas de procedimientos de apelación para el proceso de aprobación de proyectos MDL.

En este proceso participativo las recomendaciones más recurrentes y significativas fueron las siguientes:

a) Que el derecho de los interesados directamente involucrados a apelar sea implementado tan ampliamente como sea posible, para hacerse cargo de los derechos de los pueblos y comunidades afectadas por los proyectos del MDL, y de

34 Ibídem.

35 U.N. Doc. FCCC/KP/CMP/2009/21/Add.1 (30 de marzo de 2010), párrafo 42, disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cmp5/eng/21a01.pdf#page=4> [consulta: 28 de septiembre 2014].

los impactos más extensos que proyectos MDL defectuosos tienen sobre el cambio climático global y el desarrollo sostenible[36];

b) Las partes interesadas deben tener el derecho de solicitar una revisión de las solicitudes de registro o expedición de CERs, con el fin de evitar apelaciones innecesarias[37]; y

c) Las apelaciones también deben contemplarse en las decisiones de la JE de aprobar un proyecto después de la revisión, y no sólo en los rechazos[38].

Más tarde ese año y habiendo recogido las opiniones de diversas organizaciones ambientalistas, en su cuenta pública anual a la CP/RPP de 2010, la JE propuso sus propias recomendaciones para un posible procedimiento de apelación[39]. No obstante, éstas identificaron solo a los titulares de proyectos y a las ANDs, como los únicos actores interesados con poder para apelar.

La CP/RPP consideró el asunto durante su sexto periodo de sesiones en la Conferencia sobre el Cambio Climático de Cancún 2010 y encargó a uno de sus órganos asesores permanentes, el Órgano Subsidiario de Ejecución (OSE), elaborar recomendaciones con miras a la adopción de una decisión en torno a procedimientos, mecanismos y arreglos institucionales relativos a la apelación de las resoluciones de la Junta Ejecutiva del MDL[40].

Fiel a su encargo, en su 37ª sesión, llevada a cabo durante la Conferencia sobre el Cambio Climático celebrada en Doha, en noviembre de 2012, el OSE, presentó el borrador de un mecanismo de apelación que fue aprobado por la CP/RPP para su discusión entre las Partes, con miras a recibir recomendaciones sobre posibles modificaciones o ajustes[41]. Luego, en su 40ª sesión, realizada en Bonn, en junio de 2014, el OSE decidió seguir analizando el borrador propuesto, con el objeto de elaborar un proyecto de decisión para su examen y aprobación por la CP/

36 Presentación de Climate Action Network (CAN) Internacional a la JE del MDL, sobre un procedimiento de apelación para el MDL (abril 2010), disponible en:

<http://cdm.unfccc.int/public_inputs/2010/cmp5_para42_43/cfi/KTDEUYD4LL4X9ZVNV62GFQMFLNEM2S.> [consulta: 28 de septiembre 2014].

37 Opiniones de CDM Watch, Earthjustice y Transparencia Internacional, sobre procedimientos de apelación en el MDL (abril 2010), disponible en: <http://cdm.unfccc.int/public_inputs/2010/cmp5_para42_43/index.html.> [consulta: 28 de septiembre 2014].

38 Ibídem

39 U.N. Doc. FCCC/KP/CMP/2010/10 (15 de marzo de 2011). Disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/2010/cmp6/eng/12a01.pdf> [consulta: 28 de septiembre 2014].

40 U.N. Doc. FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.2 (15 de marzo de 2011). Disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/2010/cmp6/eng/12a02.pdf> [consulta: 28 de septiembre 2014].

41 U.N. Doc. FCCC/SBI/2012/33/Add.1 (7 de marzo de 2013). Disponible en:<http://unfccc.int/resource/docs/2012/sbi/eng/33a01.pdf> [consulta: 28 de septiembre 2014].

RPP, en su décimo período de sesiones, a celebrarse en la Conferencia sobre el Cambio Climático de Lima, en diciembre de 2014.

De aprobarse esta decisión, el nuevo mecanismo de apelación constituiría la más importante reforma al funcionamiento del MDL desde la dictación de las Modalidades y Procedimientos y un profundo avance en materia de acceso a la justicia.

4. Acceso a la justicia en el MDL: El caso de Chile

En enero de 2010, la Ley N° 20.417, que modifica la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, creando el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia del Medio Ambiente, fue promulgada[42]. Junto con una completa reestructuración de la institucionalidad ambiental chilena, estableció las reglas para un sistema público de información ambiental y para el fomento y facilitación de la participación ciudadana en la toma de decisiones. Adicionalmente, en junio de 2012, se promulga la Ley N° 20.600, que establece los Tribunales Ambientales en Chile[43].

Esta reforma estructural, política y ambientalmente exitosa, constituye la realización de una vieja aspiración del Estado Chileno por contar con instituciones modernas de nivel internacional, capaces de hacer frente con eficacia a los retos que plantea el desarrollo sostenible y las crecientes preocupaciones ambientales globales, como el cambio climático y la adaptación al mismo, por nombrar las más imperiosas. Como resultado, Chile está ahora de pie sobre un terreno mucho más sólido y, como parte del Protocolo de Kioto, puede participar en el MDL de manera más seria, comprometida y transparente.

4.1. Elementos de justicia procedimental en el ciclo de proyectos MDL en Chile

Al igual que en todos los demás países, en Chile el desarrollo de las actividades y proyectos del MDL se rigen por sus Modalidades y Procedimientos, y están gobernadas por la autoridad de la JE. Por lo tanto, este trabajo se centrará en los estándares y regulaciones nacionales que complementan el sistema y pueden hacer del proceso de aprobación de proyectos, un especio más transparente, participativo y justo.

42 Ley 20.417, crea el ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (2010). Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010459> [consulta: 28 de septiembre 2014].

43 Ley 20.600, crea los Tribunales Ambientales (2012). Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041361> [consulta: 28 de septiembre 2014].

4.1.1. Transparencia y acceso a la información

El ejercicio de los derechos contemplados en la Constitución Política de la República y en las distintas normas que hacen alusión al medio ambiente, exige la existencia de ciudadanos informados, con acceso a los documentos, resoluciones, estudios y antecedentes en poder de las autoridades que tienen competencia en la fiscalización y evaluación de estudios o declaraciones de impacto ambiental, en la dictación de normas de calidad ambiental o de emisión, o en la administración de los instrumentos de gestión ambiental. Lo anterior, se vio satisfecho en parte por el hecho de que, desde 2009, Chile cuenta con una de las legislaciones más estrictas y exigentes del mundo en materia en acceso a la información: La Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública (Ley de Transparencia)[44]. De acuerdo con esta norma, no sólo es pública la información generada por la administración, sino también cualquier otro antecedente que esté en poder de un organismo del Estado. En la práctica, esto significa que, además de las normas sobre publicidad contenidas en las Modalidades y Procedimientos del MDL, toda la información relativa a la etapa de evaluación ambiental de un proyecto antes de la aprobación de la AND, puede ser solicitada por cualquier persona, sin distinción alguna, y debe ser entregada en un plazo máximo de 20 días hábiles. Además, la Ley de Transparencia crea un organismo público autónomo e independiente, el Consejo para la Transparencia, con el objeto de resguardar el Derecho de Acceso a la Información de todas las personas.

De este modo, la mencionada Ley N° 20.417, también incorporó normas específicas para el acceso universal a la información ambiental que se relacionan directamente con la Ley de Transparencia. Luego, en un párrafo especialmente dedicado al acceso a la información, refuerza una idea matriz en materia de transparencia pública -la publicidad de la información de los órganos y servicios del Estado- enfocándola directamente al ámbito del Medio Ambiente. Así, por ejemplo, incorpora un nuevo artículo 31 bis a la Ley N° 19.300, el cual señala: "Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública".

Por último, entre las nuevas instituciones ambientales creadas, se estableció un Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA), administrado por el Ministerio del Medio Ambiente y que está conformado por un conjunto de bases de datos (cartográficos, gráficos, documentales, legales, etc.), equipos (informáticos y humanos), programas y procedimientos dedicados a gestionar la información acerca del ambiente y los recursos naturales del país, de manera integrada e interpretable.

44 Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública (2008). Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363> [consulta: 28 de septiembre 2014].

Este sistema está apoyado por un portal web que proporciona conocimientos ambientales de forma integrada a la ciudadanía.

4.1.2. Participación ciudadana

Actualmente, la participación ciudadana constituye una de las piedras angulares del sistema ambiental chileno. En efecto, el artículo 4º de la recientemente modificada ley Nº 19.300[45], señala que es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.

En consonancia con lo anterior, la Ley N° 20.417 incorpora una serie de innovadoras modificaciones en materia de participación ciudadana, entre las que podemos mencionar, relevantes para la aprobación de potenciales proyectos MDL, las siguientes:

a) Se amplía la participación ciudadana en la calificación de los proyectos a cualquier persona natural o jurídica, siendo que antes existía sólo respecto de personas directamente afectadas y organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica;

b) Se contempla la participación ciudadana en etapas posteriores, siempre y cuando el proyecto haya sido objeto de modificaciones sustanciales;

c) Se modifica la causal del recurso de reclamación, siendo ahora procedente cuando las observaciones ciudadanas no hayan sido debidamente consideradas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), en circunstancias que antes la causal se refería a observaciones indebidamente ponderadas;

d) Se incorpora la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIAs), en el caso de proyectos que impliquen cargas ambientales; y,

e) Se establece la participación ciudadana dentro de la Evaluación Ambiental Estratégica, que si bien se refiere a la elaboración de políticas y planes normativos, puede llegar a incidir en futuras regulaciones del procedimiento de aprobación de proyectos[46].

Estos avances en pos de un proceso más coherente y participativo, resultan fundamentales para dar legitimidad al proceso con que se inicia la aprobación de todo proyecto y que, si bien se sitúan en una etapa anterior al ciclo de proyectos

45 Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994). Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667> [consulta: 28 de septiembre 2014].

46 Ver: COSTA, E. y FUENTES, P. (2011): "La Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental", *Revista Justicia Ambiental* (N°3, año III, Fiscalía del Medio Ambiente), Santiago, pp. 83-106.

MDL, inciden de manera significativa en el resultado final. En efecto, la validación y certificación de los proyectos que lleva a cabo la respectiva EOD y la AND, y su posterior registro como proyecto MDL por parte de la JE, presuponen una etapa previa de análisis de conformidad con las normas y políticas específicas del país en que se asentará el respectivo proyecto, y que en Chile, como en la gran mayoría de los países, se desarrolla a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que está administrado por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

De esta forma, en los artículos 26 y siguientes del Título II De los instrumentos de gestión ambiental, Párrafo 3° De la Participación de la comunidad en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, de la Ley N° 19.300, se regula la participación ciudadana dentro del SEIA. Tratándose de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), este proceso está compuesto por las siguientes etapas:

a) La respectiva Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del SEA ordenará que el titular del proyecto publique en el Diario Oficial y en un periódico de circulación nacional o regional, un extracto previamente visado del EIA, dentro de los 10 días siguientes a la respectiva presentación.

b) Asimismo, en el caso que un EIA fuera objeto de aclaraciones, rectificaciones y ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto, el titular deberá publicar nuevamente en las mismas condiciones, identificando claramente el contenido de las aclaraciones, rectificaciones y ampliaciones.

c) Una vez publicado el extracto, cualquier persona natural o jurídica podrá formular observaciones al EIA dentro del plazo de 60 días. Sin embargo, como se esbozó más arriba, la Ley N° 20.417 modificó este artículo incorporando una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por 30 días, si durante el procedimiento de evaluación, el EIA hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, período en el cual se suspenderá el plazo de tramitación del EIA.

d) El SEA considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá pronunciarse fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la RCA.

e) Aquí nuevamente el legislador innovó, estableciendo, a partir de la Ley N° 20.417, una nueva causal de reclamación, como veremos a continuación.

Tratándose de la aprobación de las DIAs, se contempla un nuevo y excepcional procedimiento de participación ciudadana. En efecto, el incorporado artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, establece un proceso de participación

ciudadana de 20 días, en las DIAs que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, o por lo menos diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a DIA de que se trate.

Finalmente, cabe tener presente que el 16 de febrero de 2011, se publicó la Ley N° 20.500, Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública[47], la que reconoce el derecho de todas las personas a participar en las políticas, planes, programas y acciones estatales, prohibiendo toda conducta destinada a excluir o discriminar, sin razón justificada, el ejercicio del derecho de participación ciudadana. Esta ley, si bien no se refiere exclusivamente al ámbito ambiental, viene a blindar la participación ciudadana, reforzando la idea de una democracia participativa y la existencia de una sociedad empoderada que exige una mayor rendición de cuentas de cara a la ciudadanía.

4.1.3. Revisión y apelación

Chile es una democracia con instituciones sólidas y poderes realmente independientes. En el caso de las personas jurídicas de derecho público que forman parte de la institucionalidad ambiental, como órganos administrativos dependientes del ejecutivo, se rigen por estrictas normas y principios con miras a garantizar el debido proceso. En esta línea, la Ley N° 19.880[48], establece que todo procedimiento administrativo es informado por el principio de impugnabilidad, según el cual todos los actos administrativos pueden ser impugnados por el interesado mediante los recursos de reposición y jerárquico, entre otros.

Dentro del SEIA también se establece un recurso especial, tanto en contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una DIA, caso en que procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo del SEA, como en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un EIA, donde procederá la reclamación ante un Comité de Ministros[49].

47 Ley N° 20.500, Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2011). Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1023143> [consulta: 28 de septiembre 2014].

48 Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (2003). Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676&buscar=19880> [consulta: 28 de septiembre 2014].

49 De acuerdo al artículo 20 de la Ley N° 19.300, el Comité de Ministros está integrado por

Estos recursos deberán ser interpuestos por el titular del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contados desde la notificación de la resolución recurrida. A continuación, la autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contados desde la interposición del recurso, según se trate de una DIA o un EIA.

Como se puede apreciar, la inclusión de un procedimiento de revisión de las decisiones administrativas en la aprobación de proyectos, busca erradicar cualquier sombra de arbitrariedad en el sistema, entregando consistencia y un mayor control de calidad al trabajo de las Comisiones de Evaluación y del SEA. Una característica importante de este procedimiento es la circunstancia de que, hasta el momento en Chile, solo los titulares de proyectos tienen la posibilidad de impugnar las decisiones de las autoridades ambientales, en la medida que rechacen o modifiquen perjudicialmente sus proyectos, de manera tal que pueden insistir en su aprobación. Mientras, por otro lado, los interesados locales y la sociedad civil no tienen permitido recurrir en contra de las decisiones que aprueban proyectos, incluso aquellos que puedan considerar excesivamente dañinos para el Medio Ambiente.

Sin embargo, a partir de la ya largamente citada Ley N° 20.417, se le entregaron potentes herramientas a la ciudadanía para influir significativa e incluso decisivamente, en la evaluación y aprobación -o rechazo- de proyectos, a través de las observaciones que planteen en la etapa de participación ciudadana. Lo anterior, no sólo por la obligación del SEA de pronunciarse fundadamente respecto de cada una de ellas en la respectiva RCA, sino porque desde la modificación legal, cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, podrá presentar un recurso de reclamación ante el Director Ejecutivo del SEA o el Comité de Ministros, según corresponda[50].

Además, como medida de control de daños, el artículo 25 *quinquies* de la Ley N° 19.300, dispone que la RCA podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o *del directamente afectado*, por un proyecto en ejecución, en que las variables evaluadas y contempladas sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado. Todo ello, con el con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Finalmente, una de las innovaciones más importantes en la institucionalidad jurisdiccional chilena, es la creación de los Tribunales Ambientales. Estos son tribunales especiales y técnicos llamados a desarrollar su *expertise* en la resolución de conflictos relacionados con el medio ambiente. Así, pueden conocer de las acciones

el Ministro del Medio Ambiente, que lo preside, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Turismo; de Agricultura; de Energía y de Minería.

50 Ley N° 19.300, Art. 29, inciso final.

de reparación por daño ambiental y las reclamaciones que se interpongan en contra de ciertos Decretos Supremos y otros actos administrativos de carácter ambiental. Sin embargo, en lo que concierne a este ensayo, estos tribunales especiales actúan como segunda instancia en contra de las decisiones del Director Ejecutivo del SEA y del Comité de Ministros que resuelven los recursos de reclamación administrativa, presentados en el contexto del SEIA.

5. Conclusiones

Como ya fue explicitado, el MDL sólo puede tener éxito como un instrumento para combatir el cambio climático, si los participantes en el sistema confían en que el procedimiento se administra de forma transparente y justa. Para ello, los principios comúnmente aceptados de un debido proceso, deben ser incluidos en el ciclo de proyectos MDL como una garantía de justicia procedimental. El acceso a la información, como presupuesto básico para la participación de los actores y el público dentro del sistema del MDL, constituye actualmente un más que razonable avance para crear un proceso confiable. Las normas sobre publicidad de los procedimientos y las resoluciones que adopta la JE, son garantía de un sistema transparente y una rendición de cuentas proactiva. Así también, las instancias de participación pública que se contemplan en el proceso, aseguran una toma de decisiones más justa y equitativa, ya que pese a no ir más allá de la mera posibilidad de platear observaciones y realizar comentarios, obliga a los titulares de proyectos a hacerse cargo de los mismos.

Por otra parte, dudas acerca de la independencia política y la objetividad de los miembros de la JE, la falta de claridad en la regulación en las únicas 2 instancias obligatorias de participación ciudadana y la inexistencia de un procedimiento de revisión y apelación para impugnar las decisiones de la JE, han debilitado la confianza en la idoneidad del MDL para continuar siendo la piedra angular de un futuro y más exigente régimen jurídico para enfrentar el cambio climático. Bajo estas condiciones el acceso a la justicia en el proceso MDL se ha tornado, en la actualidad, difuso.

Sin embargo, el éxito del MDL como un mecanismo valioso y confiable depende, asimismo, de las propias características institucionales y regulatorias del país anfitrión. El ejemplo de Chile viene a demostrar que procesos altamente participativos, durante la etapa nacional de evaluación, y la existencia de recursos administrativos en contra de las decisiones que recaen negativamente sobre la aprobación de los proyectos, pueden complementar de manera efectiva las Modalidades y Procedimientos de MDL, y mejorar las garantías de un debido proceso desde antes del comienzo del ciclo.

En efecto, pese a que en el SEIA el énfasis se sitúa en los titulares de los proyectos, que tienen el derecho de objetar directamente los actos de la autoridad ambiental, nuevas disposiciones han reforzado las facultades de la ciudadanía en materia de participación, basadas en el reconocimiento de que el público juega un papel trascendental, no sólo como un medio de control adicional sobre las acciones de la autoridad ambiental, sino en gran parte como un medio de legitimarlas.

Esta suerte de equilibrio dentro del sistema nacional, logrado a partir de significativos avances en materia de acceso a la información ambiental, participación en las decisiones de índole ambiental y acceso a procedimientos administrativos y judiciales de apelación, es el llamado a ser replicado en el ciclo de proyectos MDL. Así se podrá disminuir la desconfianza en el proceso de toma de decisiones y en quienes toman de las decisiones en sí mismos, optimizando las condiciones para un verdadero acceso a la justicia.

La idea entonces, es lograr que para los potenciales participantes del sistema, el riesgo nunca sea considerado muy alto como para justificar su inversión en proyectos MDL y contribuir, de este modo, en el objetivo primordial de este trascendental mecanismo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Barry, J., "Green Politics and Intergenerational Justice: Posterity, Progress and the Environment" en B. Fairweather and others (eds.) *Environmental Futures* (Macmillan 1999).

Bosselmann, K., "Ecological Justice and Law", in B. Richardson and S. Wood (eds), *Environmental Law for Sustainability: A Critical Reader* (Hart Publ. 2006).

Brunnee, J., "Climate Change, Global Environmental Justice and International Environmental Law" en J. Ebbesson and P. Okowa (eds), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press 2009).

Clean Development Mechanism (Mecanismo de Desarrollo Limpio): <http://cdm.unfccc.int/>.

Costa, E. y Fuentes, P., "La Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental" (2011) Revista Justicia Ambiental N°3.

Eddy, N., "Public Participation in CDM and JI Projects" en D. Freestone and C. Streck (eds), *Legal Aspects of Implementing The Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto Work* (Oxford 2005).

Eddy, N. and Wiser, G., "Public Participation in the Clean Development Mechanism of the Kyoto Protocol" en Carl Bruch (ed), *The New Public: The Globalization of Public Participation* (CIEL 2002).

Farber, D., "Pollution Markets and Social Equity, Analysing the Fairness of Cap and Trade" (2012) 39(1) Ecology Law Quarterly 1.

Figueres, C. and Streck, C., "Great Expectations: Enhanced Financial Mechanisms for Post 2012 Mitigation" (2009) Policy Research Working Paper.

Ministerio del Medio Ambiente: <http://www.mma.gob.cl>.

Netto, M. and Barani, K., "The CDM Project Cycle and the Role of the UNFCCC Secretariat" en D. Freestone and C. Streck (eds), *Legal Aspects of Carbon Trading; Kyoto, Copenhagen, and beyond* (Oxford 2009).

Posner, E. and Weisbach, D., *Climate Change Justice* (Princeton University Press 2010).

Rawls J., *A Theory of Justice* (Harvard University Press 1999).

Purdy, Ray, "Governance Reform of the Clean Development Mechanism after Poznan" (2009) Carbon & Climate L. Rev. 5.

Sen, A., *The Idea of Justice* (Penguin 2009).

Servicio de Evaluación Ambiental: <http://www.sea.gob.cl>.

Streck, C. and Lin, J., "Making Markets Work: A Review of CDM Performance and the Need for Reform" (2008) 19(2) EJIL 409.

United Nations Framework Convention on Climate Change (Convención Marco de las Naciones Unidas sore el Cambio Climático): <http://unfccc.int/2860.php>.

UN General Assembly Resolutions: <http://www.un.org/documents/resga.htm>.

UNEP DTU. Center on Enegy, Climate and Sustainable Development. DM/JI Pipeline, Analysis and Database: <http://www.cdmpipeline.org/>.

Von Unger, M. and Streck, C., "Appellate Body for the Clean Development Mechanism: A Due Process Requirement" (2009) Carbon & Climate L. Rev. 31.

Wilson, K., "Access to Justice for victims of the international carbon offset industry", (2012) 38(4) Ecology Law Quarterly 967.

NORMAS CITADAS

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992).

Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (Chile, 1994).

Ley N° 19.880 Sobre Procedimiento Administrativo (Chile, 2003).

Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública (Chile, 2008)

Ley N° 20.417 crea el ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (Chile, 2010)

Ley N° 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (Chile, 2011).

Ley N° 20.600 crea los Tribunales Ambientales (Chile, 2012).

Ley N° 20.698, Propicia la ampliación de la matriz energética, mediante fuentes renovables no convencionales (Chile, 2014).

Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997).

UNFCCC COP/MOP, Decision 3/CMP.1 Annex, "Modalities and Procedures for a Clean Development Mechanism, as Defined in Article 12 of the Kyoto Protocol" en FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.1 (30 de marzo de 2006).

UNFCCC, Decision 2/CP.15, "Copenhagen Accord" en FCCC/CP/2009/11/Add.1 (30 de marzo de 2010).

U.N. General Assembly, Res. 45/212 Protection of Global Climate for Present and Future Generations of Mankind (21 de diciembre de 1990).

U.N. Doc. FCCC/KP/CMP/2010/10 (15 de marzo de 2011).

U.N. Doc. FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.2 (15 de marzo de 2011).

U.N. Doc. FCCC/KP/CMP/2009/21/Add.1 (30 de marzo de 2010).

U.N. Doc. FCCC/SBI/2012/33/Add.1 (7 de marzo de 2013).

DESARROLLO URBANO CONDICIONADO Y EL DESARROLLO SUSTENTABLE DE SANTIAGO. UN CASO DE *"GREENWASH* URBANO" EN LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

Karen Martínez Vicencio[1] y Hernán Orozco Ramos[2]

1. Introducción

El término referente al "Desarrollo Urbano Condicionado" (en adelante DUC) se ha intentado introducir como una forma de regulación al crecimiento urbano en al menos un intento de modificación del D.F.L N°458 de 1975 Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante LGUC). A pesar de que este proyecto no fue aprobado, los DUC se han introducido en los Instrumentos de Planificación Territorial de las más grandes ciudades chilenas, incluido el Plan Regulador Metropolitano de Santiago (PRMS) que regula el crecimiento del área metropolitana más importante del país.

El concepto de DUC implica la posibilidad de regular las condiciones de desarrollo de los distintos usos del suelo urbano, en vez de establecer zonas de usos (*Zoning Planning*), esto a través de compensaciones urbanísticas y obras de mitigación que resuelvan los impactos sobre los sistemas de transporte y el medioambiente, asegurando la debida integración territorial y social de nuevas áreas urbanas. Esta alternativa de planificación permitiría - en teoría - lograr un desarrollo sustentable para la ciudad, promoviéndose desde esta perspectiva tanto por actores públicos como privados.

En la práctica, ya sea por deficiencias en la estructura institucional del Estado o por el bajo compromiso de los desarrolladores privados, los distintos instrumentos de DUC -en Santiago- han significado: un aumento en el crecimiento urbano disperso, gastos en infraestructura por parte del Estado, pérdida de suelo agrícola y ocupación de tipo urbano en áreas de interés silvoagropecuario, áreas con bajo nivel de equipamiento, sectores de características socioeconómicas homogéneas, etc. Todas estas constataciones permitirían sostener que los DUC en el PRMS, son casos de "*greenwashing* urbano", entendido como falsa imagen de sustentabilidad, ya que son justificados por sus características conceptuales positivas, que no logran como resultado un desarrollo urbano sustentable (social, económica y ambientalmente equilibrado).

1 Geógrafo de la P. Universidad Católica de Chile

2 Arquitecto de la Universidad de Chile. Magíster (c) en Urbanismo de la Universidad de Chile. Ayudante de Urbanismo 1 en la misma casa de estudios.

Así, el objetivo general del presente ensayo es conocer el alcance de los proyectos amparados en el concepto de DUC como una herramienta para la sustentabilidad urbana, además de analizar el uso del concepto para validar propuestas urbanas poco sustentables. En este sentido, los Objetivos Específicos a desarrollar, corresponden a los siguientes:

a) Estudiar el concepto de DUC desde el punto de vista de la sustentabilidad urbana
b) Elaborar un cronograma de los distintos mecanismos de DUC presentes en el PRMS
c) Analizar las implicancias sociales
d) Analizar las implicancias ambientales
e) Analizar las implicancias económicas

2. El Concepto de Desarrollo Urbano Condicionado

El DUC en nuestro país, a pesar de tener una primera definición en la modificación del PRMS aprobada en 1997, intenta ampliar su aplicación a nivel nacional el año 2004 como una alternativa a la "Planificación por Zonificación", incluyéndose en uno de los intentos de modificación de LGUC, que finalmente no fue aprobada.

Entre los argumentos expuestos en el Proyecto de Ley señalado, se menciona que *"Por décadas, la regulación del desarrollo urbano ha estado basada en exigencias básicas de urbanización y en planes de zonificación excluyente, orientados a eliminar los potenciales conflictos entre las distintas actividades en el territorio por la vía de la separación de usos del suelo y de restricciones a los predios mediante planes reguladores."*[3] Así y entre otros puntos, se propone la *"Creación de instrumentos condicionados de planificación urbanística",* en los cuales se pueda regular las condiciones de desarrollo en los distintos usos del suelo urbano, posibilitando con ello sectores más integrados.

Por lo tanto, este nuevo concepto de desarrollo urbano -en la teoría- permitiría mejorar los estándares de equipamiento y resolver los impactos del crecimiento urbano sobre los sistemas de transporte y el medioambiente. Esto mediante compensaciones u obras de mitigación que obligarían a los promotores a internalizar los costos de sus decisiones de desarrollo y localización, y en conjunto guiar el crecimiento urbano hacia las áreas más aptas.

3 Mensaje de S.E. El Presidente de la Republica con el que inicia un proyecto de ley que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones y otras normas legales que se indican, en materia de planificación urbanística. Santiago, mayo 24 de 2004.

La materialización de este nuevo concepto, se llevaría a cabo a través de nuevos instrumentos denominados -en el ámbito del proyecto de Ley- como "Áreas de Desarrollo Urbano Condicionado" (ADUC) y "Áreas de Extensión Urbana Condicionada" (AEUC), los cuales permitirían exigir a los desarrolladores *"superficies mínimas de las nuevas áreas urbanas, porcentajes de parques y zonas de equipamientos urbanos con compromisos de construcción, porcentajes de superficies destinadas a usos de suelo que generen mayores fuentes de empleos y porcentajes mínimos obligatorios de provisión de viviendas sociales y viviendas sujetas a subsidio del Estado, que aseguren acceso igualitario al suelo urbano"*[4]. Todas estas ventajas comparativas que apuntan hacia una mejor integración territorial y social, permitirán asegurar la calidad y sustentabilidad de las nuevas áreas urbanas de la ciudad ("Desarrollo Urbano Sustentable").

Cabe mencionar que el proyecto se ha sustentado en la experiencia internacional, usando como modelos referenciales las "*Zones d`Aménagement Concerté*" de Francia, los "Programas de Actuación Urbanística" (PAU) de España, los Planes de Redacción Privada (*Baugesetzbuch*) de Alemania, etc. Todos estos instrumentos de DUC, han permitido a algunas ciudades europeas crecer mediante una concertación público-privada con proyectos urbanos integrales ambiental y socialmente, una adecuada conectividad con los sectores consolidados y una propuesta arquitectónica interesante; con ejemplos notables como el caso de PAU de Vallecas, localizado en el área de extensión urbana sureste de Madrid.

3. Antecedentes de Planificación: Contexto histórico y Tipología del Desarrollo Urbano Condicionado

Hacia el año 1994 surge un nuevo instrumento de planificación territorial de nivel intercomunal que viene a reemplazar al PRIS (Plan Regulador Intercomunal de Santiago), el cual fue denominado Plan Regulador Metropolitano de Santiago (en adelante PRMS94) e incluye tres aspectos principales, estos son: la contracción del límite urbano a favor de la densificación (72.000há de área urbana metropolitana, incluyendo área urbanizada y urbanizable), aumento en las regulaciones en áreas excluidas al desarrollo urbano, definiendo usos especiales de protección ecológica e interés silvoagropecuario y áreas de riesgo por fenómenos naturales. Lo que en definitiva, produjo un aumento en la presión sobre el uso de suelo urbano en torno a la ciudad de Santiago, aumentando la plusvalía de este, el que cada vez más se constituyó como un recurso escaso y finito, desarrollándose un proceso de alza sostenida de su valor y la generación de espacios periféricos (Becerril-Padua, 2000).

4 Ídem.

Las propuestas del PRMS94, se vieron modificadas a través de normativas jurídicas específicas, que plantearon nuevas posibilidades al desarrollo urbano fuera de los límites preestablecidos. De esta manera, surge el concepto de Desarrollo Urbano Condicionado, encargado de flexibilizar las disposiciones del PRMS y el favorecimiento de los intereses de la industria inmobiliaria, previo al establecimiento de zonas y condiciones para mitigar el impacto producido por la extensión del desarrollo urbano fuera del límite urbano o en la periferia.

En el año 1997, se genera una modificación al PRMS94 (PRMS97) que incorpora la Provincia de Chacabuco dentro de su ámbito de acción territorial, esto como una decisión estratégica para dar orden a la presión generada por las parcelas de agrado surgidas a partir de la promulgación del Decreto N° 3.516, en conjunto a la necesidad de establecer zonas de desarrollo condicionado, creándose así un nuevo concepto normativo: Zonas Urbanas de Desarrollo Condicionado (SEREMI MINVU, 1997).

El PRMS del año 1997, posee tres objetivos principales: el primero consiste en elevar la calidad de vida de la población a través del mejoramiento del uso del suelo mediante la dotación de infraestructura y equipamiento, además de la intensificación del uso del suelo sin disminuir las condiciones de habitabilidad. El segundo objetivo pretende mejorar la relación entre las ciudades y su entorno a través de la protección del medio ambiente y los recursos naturales del sistema intercomunal, asegurando así las condiciones de habitabilidad, crecimiento urbano y la preservación del patrimonio natural. Del mismo modo, se deberá procurar la extensión de las ciudades en áreas que resguarden las mejores condiciones de habitabilidad, accesibilidad y facilidad para la dotación de equipamiento y servicio. El tercer objetivo, corresponde a plantear una mejoría en la operación de las ciudades, es decir, realizar una zonificación coherente con el desarrollo de las actividades económico-sociales que sustenten el sistema urbano, mejorar la accesibilidad física entre las distintas áreas urbanas de la región y minimizar los impactos negativos de las actividades urbanas, además de racionalizar su emplazamiento (SEREMI MINVU, 1997).

En el mismo año, se aprueban las ZUDC o Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado, las que se ponen en marcha a partir de la incorporación de la Provincia de Chacabuco al PRMS, que en el fondo corresponde al área en donde ya se venían generando la mayor cantidad de proyectos asociados a esta normativa (principalmente en el sector de Chicureo, Colina). Es en este sector, en el cual se establecen dos tipos posibles de transformación urbana: Áreas Urbanas de Desarrollo Prioritario (AUDP) correspondientes a extensiones urbanas de núcleos ya consolidados y Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado, las cuales son autónomas, independientes y separadas de núcleos urbanos consolidados.

Debido a los efectos de la crisis asiática de fines de los años 90, el proceso de las ZUDC (que solo estaba autorizado para la Provincia de Chacabuco) comienza a sufrir una desaceleración, por lo que se genera la necesidad de modificar la normativa, gestándose así la segunda generación de planificación con condiciones a partir de los denominados Proyectos de Desarrollo Urbano Condicionado (PDUC) aprobados en la Modificación del PRMS al año 2003 y que son aplicables a toda la Región Metropolitana de Santiago. Sin embargo, estos no tienen un territorio físico determinado, sino que podrán incorporarse a Áreas de Interés Silvoagropecuario Mixto (ISAM), es decir, todas las ISAM pueden o podrían ser PDUC, lo que provocaría la disminución de suelo destinado a actividades de tipo agrícola y utilización de suelo de alta capacidad agrícola (Contrucci, 2012).

Finalmente, mencionar que la aprobación a la Modificación N°100 al PRSM (Res N°153, DO 26 de Noviembre de 2013) establece la incorporación de Áreas de Extensión Urbana que albergarían superficie disponible para el desarrollo urbano bajo el establecimiento de condiciones establecidas en su Ordenanza, las cuales establecen parámetros que pretenden asegurar el crecimiento del Área Metropolitana de Santiago bajo ciertos requisitos que permitirían garantizar ciertos estándares sobre la calidad de vida de la población y su relación con el medio ambiente.

3.1. Primera Generación DUC; Zonas Urbanizables con Desarrollo Condicionado (ZUDC)

Según Moraga (2004), la definición de las ZUDC se encuentra amparada en el concepto acuñado por teorías recientes de planificación urbana – específicamente teorías Norteamericana - que hablan de *Smart Growth* o crecimiento inteligente, término que surge como una nueva forma de hacer ciudad bajo la base de establecer comunidades urbanas en espacios suburbanos y rurales que se estructuren de manera eficiente bajo la incorporación de equipamiento que permita sustentar las necesidades de la población, dotando e incentivando el desarrollo de la economía local y la protección del medio ambiente. El concepto de *Smarth Growth*, es entendido como una forma de disminuir las implicancias que han sido desarrolladas por procesos de expansión urbana dispersa y los efectos negativos vinculados a estos esto debido a que el crecimiento inteligente (planificado) posee una mayor preocupación por resolver los problemas locales, preocupación por los recursos naturales y el regreso de valores de convivencia barrial (Gavinha, 2003).

En la Región Metropolitana de Santiago, el concepto de Zonas Urbanizables con Desarrollo Condicionado (ZUDC) se incorpora como término normativo a partir del año 1997 con la modificación al PRMS del año 1994 (Resolución N°39; 12.12.1997 D.O.), el cual incorpora la Provincia de Chacabuco dentro de su territorio operativo, espacio que ya comenzaba a albergar áreas de expansión urbana, desarrolladas a partir de megaproyectos residenciales que evidenciaban un

tipo de dispersión urbana precedido por procesos de adquisición de espacios rurales que comienzan a adquirir condiciones urbanas a cargo de grandes inmobiliarias. En este sentido, los inversionistas se movilizaron para lograr que la modificación del PRMS94 incluyera la regulación de este tipo de dispersión urbana como una figura técnica jurídica, la cual solo se había comenzado a desarrollar en el límite norte del Área Metropolitana de Santiago (Hidalgo, 2005).

Según el Artículo 3.3.6 correspondiente a la Resolución N°39 -Aprueba Modificación de Plan Regulador Metropolitano de Santiago– las Zonas Urbanizables con Desarrollo Condicionado (ZUDC), corresponden a territorios urbanizables en sectores o cuencas graficadas en el Plano correspondiente (RM-PRM-95-Ch) y contenidas bajo la curva de nivel de 700 msnm. Estas deben emplazarse en las siguientes comunas: Colina (Sector Santa Elena, Santa Filomena, Chicureo, Chamicero y Pan de Azúcar), Lampa (Sector Lipangue y El Alfalfal) y Til-Til (Sector de Taihue, Estación Polpaico y San Isidro), cumpliendo una serie normas mínimas asociadas a la dotación de equipamiento, servicios, superficie para albergar posibles proyectos de vivienda social (5% de la superficie total) y densidad de construcción de viviendas que deben cumplir con cierta normativa técnica en cuanto no sean incorporadas a sus respectivos Planes Reguladores Comunales (PRC).

En términos generales, las ZUDC se encuentran condicionadas a establecerse en los sectores ya mencionados, cumpliendo una serie de condiciones entre las que se incluyen: Autorizaciones sectoriales previas que permitan mejorar la norma urbana en proyectos con densidades de 85hab/há que posean previo informe favorable de la SEREMI MINVU, incluyendo documentación indicada en el artículo 3.1.3 (fusión y subdivisión de terrenos) y 3.1.4 (aprobación de anteproyectos de loteo al DOM respectivo) de la OGUC, incluyéndose en la Memoria Explicativa un Estudio de Impacto Urbano (EIU) que deberá incluir Factibilidad de Mitigación y Medidas de Prevención de Riesgos, Sistema de Transporte y Capacidad Vial, Estudio Suficiencia de Equipamiento, Factibilidad de Dotación o Ampliación del Sistema de Agua Potable, Factibilidad de servicio o Ampliación del Alcantarillado, Factibilidad de Servicio o Ampliación del Sistema de Alcantarillado de Aguas Lluvias y Factibilidad de Zonificación. Finalmente, mencionar que la normativa aplicable incluye normas urbanísticas base sin incluir posibles compensaciones, mitigaciones y reparaciones para quienes se vean afectados por el desarrollo de estos proyectos.

En forma paralela al desarrollo de las ZUDC, el PRMS97 incluyó como instrumento legal las denominadas Áreas de Desarrollo Urbano Prioritario (AUDP), localizadas principalmente en las comunas de: Lampa (Sector de Lampa, Batuco y Estación Colina), Colina (Colina-Esmeralda, Casas de Chacabuco, Quilapilún y Las Canteras), Til-Til (Sector de Til-Tl, Huertos Familiares, Montenegro, Rungue

y Estación Polpaico), además de superficies colindantes a principales núcleos urbanos, las que pretendían acoger proyectos unifamiliares destinados para población de clase media y media baja, contemplando un 30% de su superficie para acoger el desarrollo de viviendas sociales.

Según Contrucci (2002), esta nueva forma de "hacer ciudad", cuenta con cambios fundamentales en planificación urbana, ya que en primera instancia se evalúa el impacto de la extensión a través de proyectos inmobiliarios presentados por el sector privado, a quien se le asigna la capacidad de urbanizar y extender el límite urbano por "agregación de territorios", por lo que se trata de un incentivo privado que cuenta con la aprobación de diversos actores del Estado.

3.2. Segunda Generación DUC: Proyectos con Desarrollo Urbano Condicionado (PDUC)

Al año 2003 la modificación al PRMS incorporó las Provincias de Talagante y Melipilla, además de las comunas de Buin y Paine (Resolución N°107-Modificación PRMS N°48; 11.12.2003 D.O). Este instrumento de planificación, incluye la figura normativa de Proyectos Urbanos con Desarrollo Condicionado PDUC, correspondientes a un instrumento de planificación urbana flexible que no se encuentra predefinido a un límite de extensión urbana que las acoja, pudiendo desarrollarse en cualquier predio de 300há en usos de suelo definidos como Areas de Interés Silvoagropecuario mixto y exclusivo (AIS) previa autorización de la SEREMI MINVU, SEREMI Agricultura y Municipio respectivo. De esta manera, se establece la creación de nuevo núcleos urbanos de iniciativa privada, consensuados y condicionados por el Sector Público, quien en definitiva debe velar por asegurar el cumplimiento de ciertos estándares de urbanización, dejando en manos de privados el desarrollo urbano de la región y estableciéndolos como una iniciativa privada que permita localizar vivienda social, la incorporación de núcleos urbanos económicos y socialmente sustentables (MINVU, 2005).

En este sentido, se responsabiliza a los promotores de los PDUC del cumplimiento de una la serie de condiciones establecidas como medidas de compensación, mitigación y reparación que permitan en primera instancia devolver el valor al Estado sobre aquellos suelos de alta capacidad agrícola que han perdido su función. En este sentido, la normativa establece la generación de informes previos que acrediten medidas relacionadas con: la rehabilitación de otros suelos, Planes de Restauración del hábitat afectado, generación de condiciones necesarias para disminuir riesgos de tipo natural, propuestas para satisfacer nuevas demandas por transporte, control sobre aguas lluvias/servidas y eliminación de RSD. Por lo demás, estos proyectos deben incorporar en un mínimo del 30% viviendas sociales atribuibles por medio de un Programa de Subsidio Habitacional a fin de disminuir la segregación social.

En definitiva, la inexistencia de un marco legal que establezca un amparo hacia el cumplimiento de compromisos establecidos por la propia empresa inmobiliaria a cargo de gestionar estos proyectos, no ha permitido el desarrollo continuo de los PDUC. Hasta la fecha se han desarrollado dos PDUC, localizados en la comuna de Pudahuel (ENEA y Las Lilas), los cuales cuentan con una serie de medidas de mitigación en términos sociales, ambientales e infraestructura en sus planos normativos. Sin embargo, a pesar de que los proyectos consideren viviendas sociales en sus planos normativos, aún no se ha construido ninguna, debido a que no poseen plazos establecidos y ningún organismo las ha exigido en el tiempo (Contrucci, 2012).

3.3. Tercera Generación DUC; Zona Urbana Condicionada (ZUC)

La Modificación 100 al PRMS, establece el concepto de "Planificación por condiciones y Factibilidad Territorial" que en sus principios busca la ocupación de suelos bajo el cumplimiento de condiciones de desarrollo –costos y exigencias- que garanticen la factibilidad del territorio a ser urbanizado, además del establecimiento de estándares que permitan un crecimiento sustentable por medio de la incorporación de usos de suelo para equipamiento, vivienda social, materialización y mantención de áreas verdes, obras de infraestructura vial y exigencia de estudios para proyectos emplazados en área de riesgo natural. En términos simples, los estudios de factibilidad territorial pretenden asegurar que aquellos agentes privados que impulsan este tipo de crecimiento (urbanizadores), asuman las diversas externalidades que generan, reduciendo así los costos sociales derivados del crecimiento urbano (Memoria Explicativa, PRMS 100).

En términos generales, el PRMS posee, como uno de los principios orientadores de la modificación, el de resolver el déficit de suelo estimado en una superficie de 7.100há, por lo que se aumentar**ía** el área de extensión urbana en una superficie equivalente a este déficit a partir de dos tipos de uso de suelo: Zonas de Extensión Urbana y Zonas de Reconversión Industrial, ambas se incluyen en la denominación de Zonas Urbanizables Condicionadas (ZUC), y las Zonas de Reconversión Condicionada (ZURC). Estas deberán cumplir con una densidad base de 16hab/há llegando a densidades de 165hab/há, siempre y cuando cumplan con condiciones amparadas en el principio de Factibilidad Territorial.

La entrada en vigencia y normas aplicables para desarrollar proyectos de urbanización y/o edificación en las ZUC y ZURC, han quedado establecidas en la Resolución N°153 Modifica Plan Regulador Metropolitano de Santiago (DO 26 de noviembre de 2013). La Ordenanza correspondiente al PRMS100, menciona en su artículo 4.9 que la aprobación de proyectos debe establecer el cumplimiento de condiciones de desarrollo y factibilidades incluidas en el Informe de Factibilidad Territorial, que incluyen condiciones de desarrollo atribuibles a: materialización y mantenimiento de áreas verdes que permitan alcanzar estándares de superficie atribuible por habitante, las

cuales no se encuentran sujetas a ser afectas al artículo 59 de la OGUC (sobre caducidad declaratoria de utilidad pública), vialidad materializada o garantizada, incluyendo conexiones con la vialidad existente, uso de suelo equipamiento con al menos un 6% de su superficie total en terrenos con destino a este uso y, finalmente destinar al menos un 8% de suelo para vivienda social como requisito de factibilidad territorial. Además deberá incorporar un Informe de Factibilidad Territorial que establezca el cumplimiento de factibilidades: de zonificación, de equipamiento, de conectividad, de áreas verdes, de construcción, para autorizar proyectos a emplazar en zonas de riesgo y de evacuación de Aguas Lluvias.

4. Marketing o greenwash urbano

El "*Greenwash*", que es traducido como lavado o fraude verde, es definido como una afirmación de sustentabilidad ambiental no demostrada (una mentira) o irrelevante (una distracción), que se puede encontrar en la publicidad, relaciones públicas o envases, de personas, organizaciones o productos (Futerra, 2009). El término es pertinente en el caso del crecimiento urbano considerando que los productos inmobiliarios son presentados como proyectos sustentables considerando solo los atributos para sí mismos, sin considerar que su real impacto es para con el resto de la ciudad donde se emplazan, generando una falsa imagen de sustentabilidad.

El presente trabajo busca demostrar que los DUC - en el caso específico del PRMS - se han convertido en un caso de "*Greenwash* Urbano", considerando que no cumplen cabalmente con los objetivos sociales y ambientales que justifican su creación y se basan en características cosméticas para entregar una imagen de sustentabilidad al mercado inmobiliario chileno. Como primera aproximación se buscará demostrar que esta estrategia de marketing es transversal en los actores públicos y privados, generando una plataforma que fomenta la ciudad dispersa y fragmentada, conocidamente poco sustentable.

5. El modelo de Santiago

La expansión descontrolada es un fenómeno que se repite en distintas ciudades latinoamericanas, basadas en el modelo de suburbanización norteamericano y rompiendo cualquier tradición urbana en las ciudades de fundación hispánica. Entre 1980 y 2004 (10 años de dictadura militar-neoliberal y 14 años de gobierno social-demócrata), el área urbana de Santiago aumentó de 330 km^2 a más de 600 km^2 (Petermann, 2006); el crecimiento de la población urbana pasó de más de 2% a menos de 1,5% (Galetovic y Jordán, 2006); traduciéndose en disminución de la densidad de 93 a 85 hab/há. Las cifras anteriores demuestran que en mayor o menor medida el proceso es aceptado transversalmente por los distintos sectores políticos nacionales.

Por otro lado, desde la acción más local del desarrollo urbano, en general las comunas periféricas y sobre todo aquellas que acogen alguno de los DUC, han sido parte importante de los actores en favor de la expansión, considerando los beneficios económicos que puede traer el aumento considerable de la población de estratos medio y altos, de los permisos de edificación, etc. Por ejemplo, el Departamento de Medio Ambiente del municipio de Pudahuel difunde a través de su blog el anuncio de "Urbanismo Sustentable para Pudahuel. A través de los Proyectos de Desarrollo Urbano Condicionado, el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo creó un sistema de planificación habitacional integrado que permite medir anticipadamente los impactos en el entorno".

Desde el punto de vista privado (empresarial), los DUC se caracterizan por ser "megraproyectos" que podrían duplicar la población de las comunas que los albergan. Como caso paradigmático de la primera generación de DUC, destaca el condominio Piedra Roja, que junto al resto de las ZUDC de la comuna de Colina podrían albergar a 100.000 hab. agrupados principalmente en condominios cerrados. Por otra parte, los PDUC (2da generación de DUC) de Urbanya, Praderas y Enea (proyecto en receso) hubiesen aumentado en 150.000 hab. la población comunal de Pudahuel.

Conocido lo anterior, desde el punto de vista disciplinar, son profundamente preocupantes: el aumento de la demanda de infraestructura de transporte y accesibilidad al equipamiento, el gran consumo de suelo agrícola y la pérdida de servicios de los ecosistemas, etc. Estas consideraciones se ven invisibilizadas por fuertes campañas comunicacionales que presentan una imagen sustentable basada en paisajes naturales, espacios abiertos y pequeñas iniciativas más bien cosméticas, por ejemplo puntos limpios y lagunas artificiales. Incluso parece anecdótico que en la publicidad de los proyectos, las propias viviendas o construcciones se encuentran en segundo plano, tras paisajes bucólicos y hedónicos.

A modo de resumen, cabe mencionar que entre las líneas de argumentación globales del proceso se puede encontrar la teoría de que el proceso de dispersión es un resultado *"natural"* de la demanda de vivienda suburbana de estratos medios y altos que buscan calidad de vida que la ciudad ya no entrega; por otro lado, y por los argumentos ya expuestos, se defiende que el proceso de suburbanización o ciudad dispersa de Santiago es producto de políticas gubernamentales pro empresariales. A continuación, se profundizará en las implicancias del proceso, esta vez desde la triada conceptual que representa el desarrollo sustentable: Sociedad, Ambiente y Economía.

6. Implicancias sociales del DUC. Gobernanza de una ciudad dispersa y suelo para la vivienda social

El contexto de suburbanización que proponen los DUC, más allá del discurso, es claro reflejo de la racionalización, diferenciación e individualización de la sociedad globalizada (Ascher, 2004). Estos desarrollos urbanos parecen

ser el triunfo del individualismo por sobre la visión colectiva de la ciudad, esparciendo el espíritu exclusivista reflejado en la ausencia de diversidad social y el desaprovechamiento de los espacios colectivos (no públicos) para desarrollar la interacción y la organización social (Heinrichs, Nuissl, & Rodríguez, 2009). Así, desde el punto de vista social, se pueden relevar dos tópicos: por un lado, se constata una nueva relación de gobernanza (local y metropolitana), y por otro, es posible cuestionar los DUC respecto de la posibilidad de la vivienda social para situarse en ellos. En definitiva se ha construido un modelo híbrido en la periferia, estableciendo una ciudad fragmentada que fomenta un modo de vida aristocrático-rural que toma distancia del modo de vida urbano para encerrarse en espacios de barrio cerrados de los cuales solo son beneficiarios aquellos que residen en estos (Hidalgo & Borsdorf, 2005).

Por un lado, la ubicación de los DUC en espacios poco habitados genera pocos efectos directos a personas, dificultando la discusión ciudadana, a pesar de esto, es indiscutible que se afecta directamente a Santiago como sistema y a la totalidad de su población. Además, desde la acción del Estado, la política habitacional fijada fuertemente por el valor del suelo, aporta y valida la dinámica general de dispersión (Tokman, 2006), a pesar de que los DUC no han aportado mayormente a la solución de la vivienda social. Y desde la acción privada, las asociaciones gremiales de la industria de la construcción son grupos de presión económica considerablemente influyentes.

Así, respecto de las relaciones de gobernanza, son claros los desequilibrios de poder entre los ciudadanos perjudicados por el desarrollo urbano disperso y fragmentado (el resto de la ciudad); y los influyentes actores interesados en los DUC que integran las inmobiliarias, el sector público y los ciudadanos más ricos (Heinrichs, Nuissl, & Rodríguez, 2009).

Por otro lado, respecto de la inclusión de la vivienda social, será importante analizar la maduración de los instrumentos. En este sentido la historia es bastante sucinta, en las ZUDC no se construyó ninguna vivienda social (Contrucci, 2012), mientas que la PDUC Urbanya construyó 284 unidades, 0,17% del déficit regional al 2011 de 171.666 unidades (Ministerio de Desarrollo Social, 2012).

Demostrada la ineficacia general de los DUC como oferentes de suelo para vivienda social y en consecuencia lograr mejor desarrollo social, es posible constatar algunas diferencias entre los instrumentos. Las ZUDC exigen una superficie específica de vivienda social sin claridad respecto del tiempo en que debían construirse, por lo tanto, aún se espera que se construyen en aquellos espacios que en la actualidad se encuentran vacíos. Por su parte, la regulación de las PDUC intentó corregir a través de las exigencias por etapa, con lo cual se debería dar cumplimiento a vivienda social para poder pasar a la siguiente fase del proyecto. Finalmente, en las ZUC se vuelve al sistema que planifica una destinación de suelo

para vivienda social pero no cumple su construcción real en cada etapa del proyecto (Contrucci, 2012).

7. Implicancias ambientales

En cuanto a las implicancias ambientales generadas por el desarrollo de una ciudad que ha amparado su crecimiento bajo un modelo de ciudad dispersa, el análisis se torna bastante heterogéneo en cuanto se analizan los efectos ambientales producidos por este tipo de desarrollo. En términos simples, el aumento de la expansión urbana afecta en primera instancia sobre aquellos suelos "descubiertos" que mantienen funciones ambientales vinculadas a procesos o ciclos ecosistémicos que se ven alterados por el sellamiento superficial y la llegada de funciones urbanas incompatibles con el suelo rural. Según Castro (2005), el impacto de la ZUDC aún es desconocido, sin embargo es posible inferir la pérdida irreversible del suelo de alto valor agroecológico y funciones ambientales respecto de la capacidad de estos por sustentar procesos de escorrentía superficial, infiltración y llenado de napas freáticas que impactarán directamente sobre los habitantes.

Respecto de la afectación y pérdida de suelo rural, se puede decir que en términos numéricos el proceso de ZUDC establece una superficie aproximada de 7.942há de suelos de Clase III, IV y VII, los que albergan principalmente actividades agrícolas. En tanto, los PDUC han afectado una superficie aproximada de 1.488há en suelo de Clase II y III, caracterizados por ser de alto valor agroecológico Finalmente, mencionar que los procesos de dispersión urbana amparados en la serie de normativas impuestas por los PRMS han comprometido una mayor superficie para las Provincias de Santiago y Chacabuco con 10.886 y 9.618há respectivamente (MINAGRI, 2012). Esta condición no solo afecta el suelo en términos ambientales, sino que también incide directamente sobre cambios en los patrones de vida de la población local y la producción agrícola que sustenta los mercados locales.

Al analizar el proceso de expansión urbana amparado por el desarrollo sucesivo de tres generaciones de DUC, se puede decir que los impactos ambientales establecen diversas magnitudes en términos de escala que van desde la promulgación del Decreto N° 3.516 -que otorga amparo legal al proceso de subdivisión y parcelación en suelo rural- pasando por la incorporación normativa de la primera generación DUC y sobre todo la segunda generación de DUC, ya que el hecho de normar el emplazamiento de PDUC en Áreas de Interés Silvoagropecuario (AIS artículo 8.3.2 Ordenanza PRMS94), establece un contrasentido en sí mismo por los principios establecidos en el PRMS94, respecto de asegurar el resguardo del suelo con aptitud silvoagropecuario de importancia para la economía regional. Finalmente, mencionar que la Modificación 100 del PRMS establece otros parámetros al establecer la extensión arbitraria del límite urbano, generando la posibilidad de urbanizar bajo el Principio de Factibilidad Territorial, que poco o nada tiene que decir en términos de

afectación medioambiental y el compromiso por parte del promotor de establecer medidas de mitigación, reparación y compensación que permitan evitar o disminuir los efectos producidos por este tipo de desarrollo urbano.

8. Implicancias económicas. Infraestructura para el transporte urbano

Desde el punto de vista económico, se revelará como principal variable a considerar al gasto en infraestructura vial, considerando que la dispersión urbana genera mayores costos por extensión, "infraestructura ociosa", y costos en transporte para los habitantes considerando el bajo nivel de centralidad de los DUC (bajo acceso a equipamientos y servicios), además de los efectos ambientales de todo lo anterior.

Por un lado, es posible constatar los altos costos en vialidad que han generado los ZODUC ubicados en el sector de Chicureo, comuna de Colina. Por ejemplo, la vía Pie Andino (20m de ancho y 10,5km de largo) se caracteriza por una escasa densidad de tráfico, a pesar de esto, su costo de 15 millones de dólares ha sido compartido por fondos privados y también públicos en sus últimas etapas (Hidalgo y Borsdorf, 2005). Una situación similar presentan la vía Radial y la Ruta Vespucio Norte Express, vías concesionadas con aportes públicos que estas pensadas para conectar estos emprendimientos urbanos con el barrio alto de Santiago (Las Condes y Vitacura).

Por otro lado, es posible profundizar en el impacto vial de los DUC, considerando el costo económico que generan los desplazamientos al sistema urbano metropolitano. Respecto de las ZUDC, cabe mencionar que no exigen estudios viales mayores sino que solo Estudios de Impacto al Sistema de Transporte Urbano (EISTU) por proyecto. Lo anterior provoca que no exista una evaluación integral y sistémica del impacto y que los proyectos solo aporten a la consolidación de vialidad planificada (PRMS) directamente relacionadas con ellos.

Por su parte, los PDUC tienen la obligación de hacer una planificación urbana vial, de planificar una malla integral y modelarla estratégicamente (Contrucci, 2012), el proceso dilató los tiempos de aprobación (10 años), debido principalmente a la falta de un marco institucional y el desacuerdo público-privado respecto de las exigencia de infraestructura vial, significando un costo no aceptado por los desarrolladores y el abandono paulatino de los proyectos. Las ZUC no incluyen estudio estratégico volviendo a la lógica de las ZUDC, es decir, los proyectos que surjan en estas zonas mitigarían mucho menos impacto que los PDUC (Contrucci, 2012).

Todo lo anterior implica una desigualdad en la distribución de costos económicos de la dispersión urbana que generan los DUC. Por un lado, los

desarrolladores inmobiliarios tienen un bajo nivel de responsabilidad con la infraestructura vial de la ciudad como sistema. Por otro lado, el Estado aporta importantes sumas de dinero al desarrollo de proyectos viales que solo mejoran al desplazamiento de un grupo específico de consumidores de vivienda suburbana (estratos medios y altos). Y por si fuera poco, el resto de los habitantes de la ciudad debe asumir íntegramente el impacto o aumento en sus costos de desplazamiento producto de un gran flujo de automóviles que invariablemente ingresan al sistema urbano diariamente y en horarios específicos.

9. Conclusiones

Lo primero es destacar que el Desarrollo Urbano Condicionado ha significado un avance importante respecto de la regulación "tradicional" basada en el *zonning*. Lamentablemente un concepto que podría haber sido traducido en un desarrollo sustentable para la ciudad de Santiago, fue usado en principio para justificar una ciudad dispersa y de alto impacto ambiental. Por lo tanto, es posible calificarlo como un tipo de "*Greenwash* Urbano", considerando que su justificación y estrategia de venta se basa en una imagen ambiental amigable.

En este mismo sentido, es posible ver una maduración permanente entre los instrumentos de planificación de la región metropolitana, y más específicamente en los mecanismos de crecimiento de la ciudad; desde las ZODUC que proponían un crecimiento disperso y nula exigencia de mitigaciones, pasando por los PDUC que proponían altos niveles de exigencia que pudieron significar a la larga que los modelos de negocios fueran inviables, hasta el último intento que representan las ZUC que a pesar de una posible baja de las exigencias de mitigación se trata de zonas contiguas a las áreas consolidadas que han cambiado la dispersión urbana por una expansión condicionada, amparada en el aumento de la superficie de suelo urbano en áreas de extensión urbana normadas por la última modificación del PRMS.

Un segundo aspecto a relevar es el rol de los actores del proceso de construcción de la ciudad, donde podemos corroborar la importancia de los desarrolladores, apalancados fuertemente por el Estado con una actitud pro-empresarial, en desmedro de habitantes y el medio ambiente, componente social y ambiental respectivamente, que deben asumir gran parte de los impactos de este tipo de crecimiento urbano. Esto último, emplaza directamente el rol del Estado, garantía de derechos sociales y responsable directo de entregar un marco normativo e institucional que permita el desarrollo sustentable desde lo social, ambiental en equilibrio con el desarrollo económico.

Por último y en lo específico, es importante tomar como lecciones del proceso que intenta retratarse en el presente estudio. Desde el ámbito social, los

instrumentos de planificación y sus mecanismos de expansión de la ciudad no son suficientes para lograr los objetivos de cantidad y de calidad de una política habitacional sustentable. Desde el ámbito ambiental, es indispensable que la planificación sea abordada desde un enfoque territorial, abandonando el sesgo urbano, ya que solo desde esa perspectiva se podrá compatibilizar las necesidades de crecimiento socio-económico considerando las capacidades del territorio para sustentar dichos procesos. Desde el ámbito económico y en general, será importante considerar que la accesibilidad y conectividad será determinante en el desarrollo de las ciudades, por lo tanto, la movilidad deberá ser abordada integralmente por los instrumentos que tengan como objetivo lograr ciudades sustentables.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Ascher, F., (2004). "Los nuevos principios del urbanismo: el fin de las ciudades no está a la orden del día". Madrid. Alianza.

Becerril-Padua, Martín (2000). "Policentrismo en las ciudades latinoamericanas. El Caso de Santiago de Chile. Latin American Studies Association". Disponible en <asa.international.pitt.edu/Lasa2000/Becerril-Padua.PDF>

Castro, Paz (2005). "Impacto de la dispersión urbana de la ciudad de Santiago en la calidad del suelo en la periferia norte: Colina y Lampa". Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Scripta Nova. Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-37.htm>

Contrucci, Pablo (2012) "La Competencia desleal del PRMS 100". Comunicación personal, agosto de 2012 en Revista Planeo. Instituto de Estudios Urbanos, Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en <http://planeo.ieut.cl/buenas-practicas/la-competencia-desleal-del-prms-100/>

Fuentes, L. & Sierralta, C. (2004). "Santiago de Chile, ¿ejemplo de una reestructuración capitalista global?" *EURE 30,* 91, 7-28.

Galetovic, A. & Jordán, P (2006). "Santiago: dónde estamos. Hacia dónde vamos. En A. Galetovic (Ed.), *Santiago: dónde estamos y hacia dónde vamos"* (pp. 25-72). Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Heinrichs, D., Nuissl, H. & Rodríguez, C. (2009). "Dispersión urbana y nuevos desafíos para la gobernanza (metropolitana) en América Latina: el caso de Santiago de Chile". *EURE 35,* 104, 29-46.

Hidalgo, R. & Borsdorf, A. (2005). "Megaproyectos residenciales vallados en la

periferia: ¿barrios cerrados autosuficientes o nuevas ciudades?". Revista: Urbano 2005 Nº12 (pp.5-12). Santiago. Departamento de Planificación y Diseño Urbano de la Facultad de Arquitectura, Construcción y Diseño, Universidad del Bío Bío.

Gavinha, José A. y Sui, Daniel Z. (2003) "Crecimiento Inteligente – Breve historia de un concepto de moda en Norteamérica". Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Disponible en http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146(039).htm

Ministerio de Desarrollo Social Gobierno de Chile (2012). Informe de Políticas Social (IPOS) 2012. Santiago.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo Gobierno de Chile (2013). Memoria Explicativa Plan Regulador Metropolitano de Santiago. Santiago.

Ministerio de Vivienda y Urbanismo Gobierno de Chile (2013). Memoria Explicativa Modificación Plan Regulador Metropolitano de Santiago MPRMS100 "Actualización Áreas Extensión Urbana y Reconversión".
Disponible en:
<http://www.dirplan.cl/centrodedocumentacion/Documents/Estudios/Desarrollados/2005/ANAL_comparativo_efectos_desarrollo_urbano_sobre_redes_transporte/inf_la_serena_dic2005.pdf>

MORAGA, Javier. "La inminente aprobación del Plan Regulador de Santiago (PRMS) ha comenzado a movilizar a los inversionistas y propietarios de las comunas periféricas de la capital. Se está consolidando un nuevo mapa inmobiliario en Santiago que promete la arremetida de importantes empresarios en el sector de la construcción". Disponible en Sur Corporación de Estudios Sociales y Educción <www.sitiosur.cl/buscar_google.php?q=revista%20capital&t=t>

PAZ CASTRO, C. (2006). "Impacto de la dispersión urbana de la ciudad de Santiago en la calidad del suelo en la periferia norte: Colina y Lampa". En H. Capel & R. Hidalgo (Eds.), Construyendo la ciudad del siglo XXI. Retos y perspectivas urbanas en España y Chile (pp. 279-291). Santiago de Chile: Serie GEOlibros 6, Instituto de Geografía, Pontificia Universidad Católica de Chile.

PETERMANN, A. (2006). "¿Quién extendió a Santiago? Una breve historia del límite urbano 1953-2004". En A. Galetovic (Ed.) Santiago: dónde estamos y hacia dónde vamos (pp. 205-230). Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Presidencia de la República de Chile (2004). Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones y otras normas legales que se indican en materia de planificación urbanística. Santiago.

SECRETARIA MINISTERIAL METROPOLITANA DE VIVIENDA Y URBANISMO (1997). "Plan Regulador Metropolitano de Santiago. Memoria Explicativa. Modificación PRMS, Incorporación de las comunas de Colina, Lampa y Til Til". Disponible en http://www.seremi13minvu.cl/

SUTERRA. (2009). The Greenwash Guide. Consultado 9 de julio 2014. Londres. Suterra Sustainability Communications. Disponible en:
<http: //www.futerra.co.uk/downloads/Greenwash_Guide.pdf.>

TOKMAN, A. (2006). "El MINVU, la política habitacional y la expansión excesiva de Santiago. En A. Galetovic (Ed.), Santiago: dónde estamos y hacia dónde vamos" (pp. 489-522). Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Urbanismo Sustentable para Pudahuel (n.d.). Consultado 9 de julio 2014. Santiago. Blog del Departamento de Medio Ambiente de la Municipalidad de Pudahuel. Disponible en <http: //medioambientedepudahuel.blogspot.com/2007/11/urbanismo-sustentable-para-pudahuel.html.>

NORMAS CITADAS

D.F.L. N° 485, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Resolución N° 39, de 1997, del Gobierno Regional Región Metropolitana de Santiago, Aprueba Modificación de Plan Regulador Metropolitano de Santiago (DO 12 de diciembre de 1997).

Resolución N° 153, de 2013, del Gobierno Regional Región Metropolitana de Santiago, Modifica Plan Regulador Metropolitano de Santiago (DO 26 de noviembre de 2013).

IMPLICANCIAS AMBIENTALES EN LA EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN DE SHALE GAS EN CHILE

Mª Belén Varela Mattatall

1. Introducción

La necesidad de contar con combustibles más limpios, que permitan abastecer la demanda energética, ha impulsado grandes avances tecnológicos para la extracción de gas natural. Es así como la perforación horizontal y la fractura hidráulica o hidrofractura han permitido alcanzar depósitos de "gas esquisto" o shale gas ubicados a grandes profundidades, reservas que anteriormente eran consideradas inaccesibles o económicamente no rentables.

De especial interés ha sido el reporte publicado por la U.S Energy Information Administration (EIA, 2011) con la estimación de reservas de shale gas en el mundo, puesto que muchos de los países mencionados en el reporte, actualmente son dependientes energéticamente de otros países. Tal es el caso de Chile donde se estiman 64 TcF de reservas de shale gas almacenadas a grandes profundidades en la Cuenca de Magallanes.

El anuncio sin duda ha generado esperanzas acerca de la posibilidad de finalmente ser un país independiente energéticamente. La noticia resulta alentadora considerando que el gas natural constituye una alternativa más amigable para el medio ambiente, lo que cobra especial relevancia ante un contexto global cada vez más cálido producto de la combustión de combustibles fósiles de acuerdo a lo señalado por el Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC).

Estas reservas de gas han sido localizadas en la Patagonia, zona particularmente sensible a la hora de desarrollar proyectos de gran envergadura, pues la ciudadanía ha tenido una creciente preocupación y participación en temas medioambientales a través de redes sociales y manifestaciones, especialmente en materia energética, lo que se vio reflejado con el proyecto de Hidroaysén en el cual el Comité de Ministros decide acoger los recursos de reclamación presentados por la comunidad y deja sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del año 2011 declarando rechazado el proyecto hidroeléctrico.

Por lo mismo, es necesario contar con toda la información disponible que tenga relación a la explotación de los depósitos tipo shale gas para así evaluar y entender los costos y beneficios de la extracción del gas en los reservorios de esquisto como los que se encuentran en la cuenca de Magallanes.

La ventaja del gas natural frente a otros tipos de combustibles fósiles radica en que su combustión libera una menor cantidad de contaminantes en relación a la combustión del carbón y el petróleo. Sin embargo, existen reportes y denuncias de otro tipo de contaminación involucrada en el proceso de extracción de shale gas y que tiene relación con la contaminación de fuentes de agua dulce superficial y subterránea debido al proceso de hidrofractura, lo que ha sacado a relucir los costos ambientales asociados a este tipo de depósitos de gas.

2. Ventajas de la producción de gas natural

Ante el escenario global de cambio climático que se traduce en aumentos de temperatura y disminución de las precipitaciones (IPCC), se ha observado un aumento de la conciencia ambiental, privilegiando aquellas fuentes de energía que producen bajas emisiones de gases efecto invernadero como lo son principalmente el metano (CH_4) y el dióxido de carbono (CO_2).

El gas natural ha aumentado progresivamente su popularidad por tratarse del combustible fósil más limpio, eficiente eléctricamente, más versátil que otros combustibles fósiles y más abundante que el petróleo (Rudnick *et al.,* 2011). Tales características ponen en ventaja al gas natural frente a las convencionales fuentes de energía, ya que además responde a las exigencias del Protocolo de Kioto (1992).

El gas natural es una mezcla de hidrocarburos livianos donde el principal componente es el metano (CH_4) en un porcentaje del orden de un 90%. El porcentaje restante está compuesto por etano (C_2H_6), propano (C_3H_8), butano (C_4H_{10}) y otros hidrocarburos más pesados, cuya formación es el resultado de la descomposición de materia orgánica a escala de millones de años y a grandes profundidades en rocas porosas que actúan como reservorio. También se pueden encontrar en domos de depósitos naturales de petróleo y en esquistos. Es incoloro, inoloro, más ligero que el aire y no es corrosivo ni tóxico.

En plantas de energía, la quema de gas natural produce óxido de nitrógeno y dióxido de carbono, pero en menores cantidades que el carbón y el petróleo debido a que su estructura molecular es bastante más simple que la de los otros combustibles, lo que facilita que se queme más limpiamente. El gas natural emite la mitad del dióxido de carbono, menos de un tercio de óxido de nitrógeno y sólo un 1% de óxidos de sulfuro en comparación con la combustión del carbón. Se debe tener presente que el proceso de extracción, transporte del gas natural hacia la planta de energía produce emisiones adicionales según el último reporte emitido por la Environmental Protection Agency (EPA, 2013).

Dependiendo de su origen, se clasifica en gas asociado y no asociado. El gas asociado es el que se extrae junto con el petróleo crudo y contiene grandes cantidades

de hidrocarburos como etano, propano, butano y naftas. El gas no asociado es el que se encuentra en depósitos que contienen únicamente gas natural como es el caso de los depósitos tipo shale gas.

Históricamente, el gas atrapado en formaciones permeables, como es el caso de las areniscas, ha sido extraído mediante perforaciones verticales. En este tipo de depósitos, el gas fluye a través de los poros de la roca hacia el interior del pozo. Por otro lado, los reservorios de gas no convencional como el shale gas, son de baja permeabilidad por lo que requieren de fracturamiento (EPA, 2011).

3. Depósitos de shale gas

El "gas esquisto" o mejor conocido como shale gas, es un hidrocarburo en estado gaseoso que se forma en rocas sedimentarias de grano muy fino ubicadas a mayores profundidades que otras fuentes de gas natural (EPA, 2011), particularmente en rocas compuestas por esquistos, lutitas y pizarras que se caracterizan por presentar una muy baja permeabilidad, lo que impide el ascenso del gas a la superficie dificultando su extracción, y con ello aumentando los costos de producción al tener que recurrir a métodos de perforación no convencionales.

Es a partir del año 2005 que, gracias a los avances tecnológicos en las técnicas de perforación, ha sido posible una extracción masiva, comercial y lucrativa.

El esquisto corresponde a una roca metamórfica, vale decir, una roca cuyo protolito o roca de origen es una roca sedimentaria de composición principal a base de arcillas y limos que es sometida a condiciones de presión y temperatura distintas a las iniciales al momento de su formación dando lugar a un nuevo arreglo mineral que, en este caso, es del tipo laminar y paralelo, dándole un aspecto foliado o de "laja" a la roca. Es de baja permeabilidad, por lo que para extraer el gas almacenado en sus poros es necesario crear los canales de transporte a través de los cuales migrará el gas, proceso que es realizado mediante el fracturamiento hidráulico o hidrofractura.

4. Reservas de shale gas en el mundo

De acuerdo al reporte anual emitido en 2011 por la U.S. Energy Information Administration (EIA), la disponibilidad de shale gas agrega un 40% a las reservas globales de gas natural. Se estima que el shale gas técnicamente recuperable fuera de Estados Unidos se localiza en 32 países (Figura 1) y asciende a 5.760 trillones de pies cúbicos (TcF). A este dato hay que sumarle las reservas del país del norte lo que da un total de 6.302 TcF.

Países que tendrían grandes reservas de shale gas serían Estados Unidos, Canadá, Francia, China, Australia y Argentina. En países altamente dependientes de las importaciones de gas natural y cuyas reservas estimadas son grandes en relación al consumo de gas actual, la explotación y producción de shale gas podría alterar de manera significativa su balance de gas, viéndose motivado el desarrollo y extracción de este recurso (Rudnick *et al.,* 2011). Tal es el caso para Francia, Polonia, Turquía, Ucrania, Sudáfrica, Marruecos e incluso Chile.

En Estados Unidos la proyección para la producción de gas es de cerca de 38 TcF por año hasta el 2040 (EIA, 2013), lo que está en un 55% por sobre la estimación del año anterior. El aumento en la producción de gas es debido a la presencia de shale gas que constituyen el 34% de las reservas totales de gas natural. Como consecuencia, los depósitos de shale gas son el mayor contribuidor al crecimiento proyectado en producción de gas, y se cree que para el año 2035, la producción de shale gas totalizará un 46% de la producción de gas natural estadounidense.

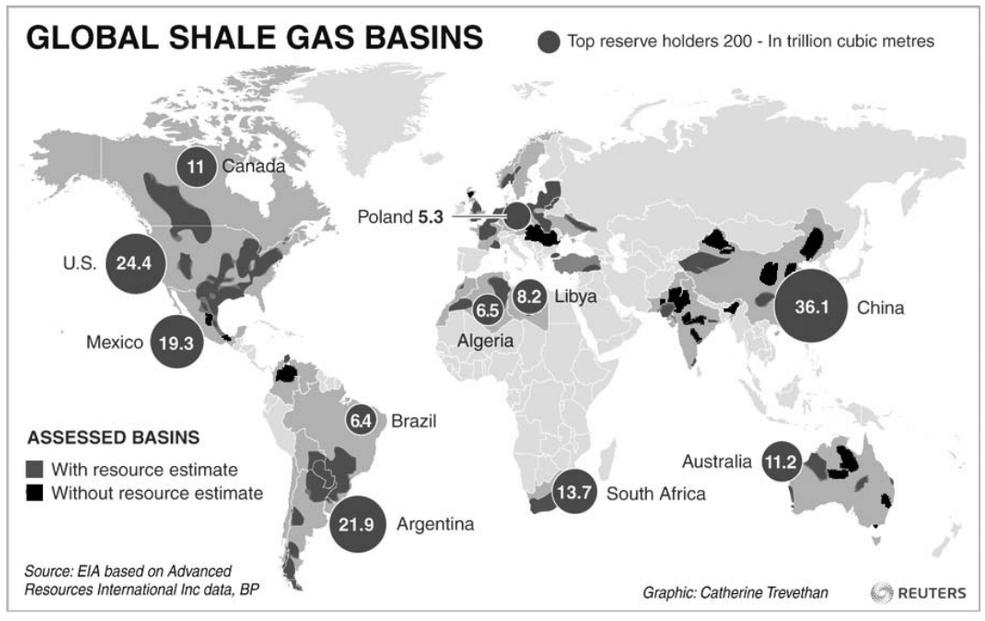


Figura 1: En gris oscuro los países que presentan reservas de shale gas. En negro, aquellos países sin reservas estimadas (Fuente: EIA).

5. Consideraciones ambientales frente a la producción de shale gas

En Estados Unidos, país pionero en la producción de shale gas en el mundo, existe extracción de shale gas desde los años 80, sin embargo es desde el año 2005 que ha mantenido una fuerte explotación debido al desarrollo de la perforación horizontal y a los avances tecnológicos en la hidrofractura, proceso que permite

explotar el gas en toda la extensión del depósito sin tener que intervenir en más de un punto la superficie con plataformas de perforación.

En los últimos años ha crecido el debate ambiental frente a los impactos negativos que se encuentran asociados a la extracción del gas, los que tienen que ver principalmente con la gran cantidad de agua necesaria para producir el fracturamiento de la roca y con la contaminación asociada a recursos de aguas superficiales y subterráneas.

El documental denominado Gasland (2010) registra diversas denuncias que ponen en evidencia la contaminación de fuentes de agua dulce por aditivos químicos y por gas metano producto de la explotación de pozos para extraer shale gas. En el estado de Pennsylvania, la contaminación de aguas subterráneas por gas metano se ha hecho evidente en sitios cercanos a la extracción de shale gas, donde es posible prenderle fuego al agua del grifo proveniente del pozo de agua para uso doméstico.

Ante la creciente preocupación publica de los posibles daños a la salud y los impactos ambientales asociados a la extracción del gas esquisto, especialmente en lo que se refiera a la contaminación agua dulce, el Congreso de Estados Unidos solicitó que la EPA condujera una investigación científica para examinar la relación entre la hidrofractura y los recursos de agua.

El 2011 la EPA comenzó con la investigación del potencial impacto de la hidrofractura en los recursos de agua dulce y en 2012 presentó los avances obtenidos. El estudio de la EPA considera 5 tópicos de acuerdo al potencial de interacción entre la hidrofractura y los recursos de agua dulce los que incluyen: 1) obtención de agua para la hidrofractura, 2) mezcla de químicos, 3) inyección de los fluidos de perforación y para generar la hidrofractura en el pozo, 4) agua de retorno y 5) tratamiento y disposición de las aguas residuales. A la fecha, la EPA aún no entrega los antecedentes necesarios para la toma de decisiones.

Para tener un mayor entendimiento en la materia, se darán las directrices generales sobre los procesos involucrados para la extracción del gas natural en depósitos del tipo shale gas, en la perforación, desarrollo y explotación de un pozo para la extracción del gas.

5.1. Instalación y preparación del sitio para iniciar la perforación

Elegido el sitio de perforación según las reservas probadas y los intereses económicos de la empresa, se procede a despejar y nivelar el terreno donde se realizará la perforación. En general, la superficie necesaria de una plataforma de sondaje para la extracción de gas esquisto es de 1 a 2 hectáreas, esto para permitir el posicionamiento

de la máquina de perforación, la entrada y salida de vehículos de gran tonelaje y el espacio para la instalación de tanques que permitan mezclar y almacenar fluidos de perforación, agua, bombas de inyección, estanques para la disposición de residuos, entre otros. A esta superficie hay que sumarle los caminos que serán necesarios habilitar (en caso de no existir) para permitir el acceso a la plataforma.

5.2. Perforación y explotación de pozos para la extracción de shale gas

5.2.1. Perforación

La perforación de un pozo para la extracción de shale Gas se divide en tres etapas:

- Perforación vertical: todo pozo es iniciado con perforación vertical la que se extiende hasta la parte superior de la formación de esquistos. En el caso de Estados Unidos son pocos los pozos que exceden el 1,5 km de perforación vertical (Zoback et al., 2010)

- Perforación curva o en "S": la perforación curva permite posicionar las barras de perforación de forma horizontal al depósito de gas natural.

- Perforación horizontal: corresponde a la perforación que va de forma paralela a la roca almacenadora del gas natural. Ésta se puede extender hasta por 2 km (Zoback *et al.,* 2010) y es el mecanismo que permite una mayor exposición del pozo al reservorio de gas, permitiendo tener un mayor beneficio económico de la extracción (Figura 2).

5.2.2. Fracturamiento hidráulico

La hidrofractura o fractura hidráulica, es el mecanismo utilizado para inducir fracturas en estratos de roca no permeable, consiste en la inyección de grandes cantidades de agua, químicos y arena a grandes presiones a través del pozo (Figura 2). El objetivo del fluido presurizado es provocar las fracturas que permitirán la entrada del gas hacia el interior del pozo, mientras que el material solido contenido en el fluido (arena u otro material granular) permitirá que las fracturas inducidas se mantengan abiertas al disminuir la presión.

La solución de fracturamiento suele contener químicos multipropósito para convertir el agua en gel, reducir la fricción del fluido, prevenir corrosión, controlar el pH, entre otros (Rudnick *et al.,* 2011).

Una vez fracturada la roca, la presión es disminuida y el fluido es traído de vuelta a la superficie a través del pozo. Este fluido es almacenado en la superficie para su posterior retiro y/o tratamiento.

En general, el brazo horizontal de un pozo es fracturado por tramos de entre 90 y 150 m, pudiendo en un mismo pozo horizontal contar con 15 eventos de fracturamiento (Kargbo *et al.,* 2010).

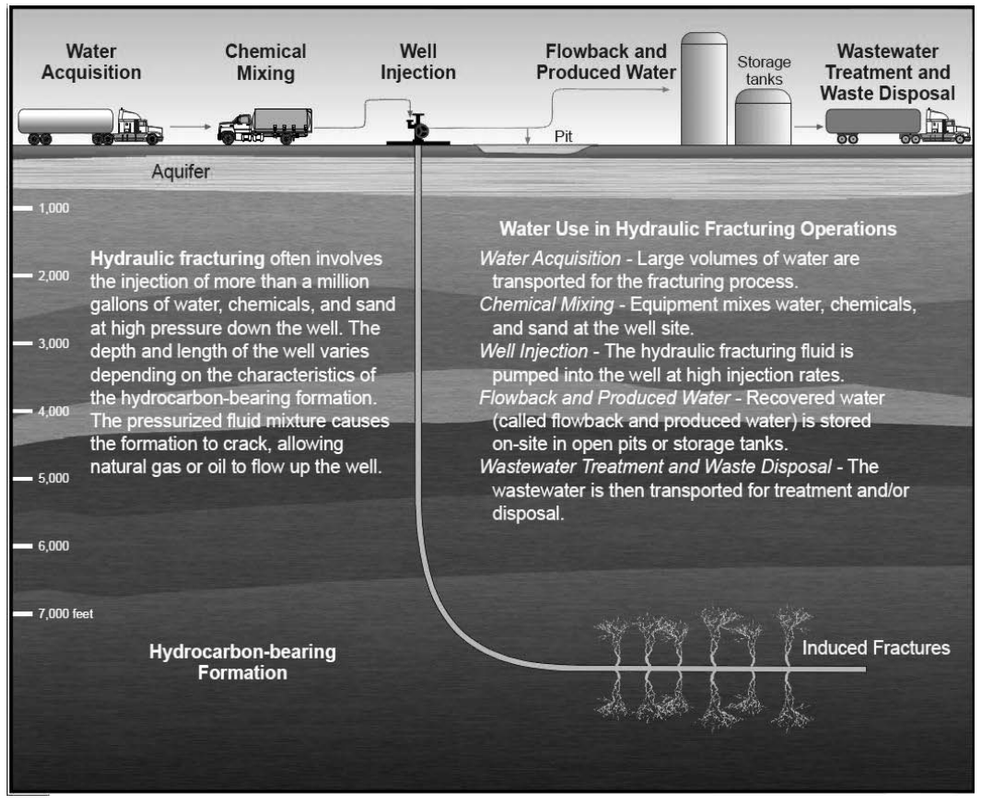


Figura 2: Ilustración de un pozo horizontal mostrando el ciclo de agua para producir la hidrofractura. El enrejado hacia el final del pozo corresponde a las fracturas inducidas (Fuente: EPA, 2010).

6. Impacto ambiental en los procesos de extracción del shale gas

6.1. Grandes cantidades de agua necesarias para el fracturamiento y posible contaminación de aguas superficiales y subterráneas

Para la extracción de shale gas, se requieren grandes cantidades de agua para ser inyectadas al pozo. La cantidad exacta dependerá de la porosidad de la roca, la profundidad del pozo y de la densidad del fluido utilizado para el fracturamiento.

Para producir la hidrofractura, son necesarios entre 7 y 15 millones de litros de agua por cada pozo horizontal construido (API, 2010; GWPC and ALL Consulting, 2009; EPA, 2011).

A modo de ejemplo, se puede señalar que en Estados Unidos durante el 2006 se perforaron 36.000 pozos para la extracción de shale gas. Asumiendo que la mayoría de los pozos son horizontales, se estima que el requerimiento de agua fue de un rango de 265 a 530 millones de litros de agua para su fracturamiento, lo que es equivalente al consumo de agua potable de una a dos ciudades con 2,5 millones de habitantes (Bene *et al.,* 2007 en Galusky, 2007).

El agua utilizada dependerá de la disponibilidad de ésta, pudiendo extraerse de aguas superficiales o subterráneas cercanas al sitio de explotación de gas.

Del fluido que es inyectado en el pozo, es recuperado en superficie entre un 25 y 75% dependiendo de las características de la formación que almacena el gas y del pozo perforado. Dicha cifra causa incertidumbre respecto del destino del agua que no retorna a la superficie, ya que si esta llega a las aguas subterráneas podría generar la contaminación.

Por otra parte está la preocupación de que el agua que retorna no tenga una correcta disposición infiltrándose desde la superficie y provocando la contaminación del suelo y de las napas superficiales.

En general la concentración de aditivos químicos utilizados en el fluido de fracturamiento es de 0,5 a 2% del volumen total (GWPC and ALL Consulting, 2009), el que es agregado para cambiar las propiedades del fluido (e.g. viscosidad, ph) y optimizar su performance. Por lo tanto, asumiendo que un pozo necesita un volumen total de 9 millones de litros para generar las condiciones propicias para el fracturamiento hidráulico, entonces 56.000 a 227.000 litros del fluido total corresponderán a aditivos químicos (EPA, 2011).

Producto de la investigación que se encuentra elaborando la EPA, 14 de las grandes compañías petroleras de Estados Unidos dieron a conocer la cantidad de químicos presentes en el fluido de fracturamiento. En ellos se identificaron 750 aditivos químicos (Waxman *et al.,* 2011) que incluyen 29 químicos que son conocidos como posibles agentes cancerígenos.

Dentro de los químicos comunes, encontraron: hidrocarburos (metano, etano, propano), metales pesados (bario (Ba), estroncio (Sr), mercurio (Hg)), cancerígenos probados (etilbenceno ($C_6H_5CH_2CH_3$)) y veneno anti microbios, entre otros (Rudnick *et al.,* 2011).

La habilidad de estas sustancias para alcanzar aguas superficiales o subterráneas como resultado del fracturamiento hidráulico, constituye una gran preocupación.

Reportes en los Estados Unidos han identificado que la mala construcción de pozos para la extracción de gas natural podría gatillar la contaminación de aguas subterráneas al ocurrir una migración de fluidos contaminantes dese el interior del pozo hacia el exterior (EPA, 2011).

6.2. Contaminación del aire

En una investigación compuesta por siete muestras de aire en la ciudad de Dish, en Texas (donde se encuentra la cuenca *Barnett Shale*), se encontró benceno (C_6H_6) en una cantidad 55 veces mayor a la permitida por el Texas Commission on Environmental Quality (TCEQ). También encontraron: xileno (C_6H_4 $(CH_3)_2$), disulfuro de carbono (CS_2), naftaleno ($C_{10}H_8$, potencial cancerígeno) y piridina (C_5H_5N, potencial cancerígeno); todos excedían los límites establecidos por el TCEQ, alcanzando niveles de hasta 384 veces al permitido.

Afortunadamente, existe tecnología suficiente para disminuir la contaminación emitida al aire en un 95%. No obstante, las empresas productoras las utilizan sólo si es penado por ley no hacerlo, lo que que sucede en pocos países y estados (Rudnik *et al.,* 2011).

6.3. Gases efecto invernadero

La extracción de gas a partir de formaciones de esquistos podría liberar considerablemente más metano que los pozos convencionales y con ello generar un mayor impacto en el efecto invernadero que los combustibles fósiles, puesto que el gas metano es el segundo gas que más contribuye al efecto invernadero (EPA, 2011).

7. Incertidumbres Ambientales Asociadas a la Construcción de Pozos para la Producción de Shale Gas

Podría decirse que una de las ventajas de la perforación horizontal consiste en que en superficie sólo es perturbado un sitio desde el cual es posible realizar diversas perforaciones horizontales con distinta profundidad y dirección (GWPC and ALL Consulting, 2009). Sin embargo, dicha ventaja es opacada frente a la incertidumbre que genera la estabilidad del pozo ante sucesivos fracturamientos. El posible impacto es desconocido (EPA, 2011).

Del mismo modo, aún no existe la tecnología para predecir la longitud y ubicación de las fracturas inducidas, por lo que no se descarta que puedan extenderse hasta alcanzar reservorios hídricos que podrían verse contaminados por fluidos del hidrofracturamiento, así como de gas natural. Este ejemplo también se extiende a las estructuras geológicas prexistentes como fallas y fracturas, que podrían ser interceptadas por fracturamiento inducido y con ello alcanzar reservorios de agua dulce.

Estudios recientes en la Cuenca de Marcellus, en Estados Unidos concluyen que gas metano se encontró presente en agua de pozos de particulares en aquellas zonas cercanas a operaciones fracturamiento hidráulico (Osborne *et al.,* 2011; Gasland, 2010).

8. Depósitos de shale gas en Chile

8.1. Recursos estimados

En el reporte publicado el 5 de abril de 2011 por la EIA, las reservas de shale gas para Chile se estimaron en 64 TcF, cifra considerable teniendo en consideración que las reservas probadas de gas natural corresponden a 3,5 trillones de pies cúbicos (Rudnick *et al.,* 2011), y que actualmente Chile obtiene el 52% de su consumo de gas natural a través de importaciones.

Un nuevo reporte emitido por la EIA en mayo de 2013 indica que la cuenca de Magallanes posee un potencial prometedor, pero no probado, de gas.

En Chile la producción de gas natural convencional empezó hace 60 años en depósitos deltaicos y areniscas fluviales de la formación Springhill del cretácico inferior, ubicada a aproximadamente 3.000 m de profundidad (EIA, 2012). Actualmente, representa la mayor parte de la producción de petróleo y gas del país.

La cuenca de Magallanes tiene una superficie de 16.834 hectáreas y es compartida por Chile y Argentina, en este último es conocida como Cuenca Austral. En Chile se ubica en la región de Magallanes y de la Antártica Chilena o también denominada Tierra del Fuego.

A pesar que sus reservas no han sido probadas, el reporte de la EIA la cataloga como una cuenca con un gran potencial de shale gas (Rudnick *et al.,* 2011).

La profundidad estimada del depósito de gas se encontraría entre 2 y 3 km de profundidad, con un espesor medio de 200 m (Rudnik *et al.,* 2011) en las formaciones Esquistos Negros y Magnas Verdes.

La formación principal de Esquistos Negros con una potencia aproximada de 200 m presenta un alto contenido de materia orgánica o TOC (total organic carbón). Esta se ubica entre 2 a 3 km de profundidad y basados en las propiedades geológicas de la roca, la EIA estima una concentración de 86 Bcf/mi^2 con 84 TcF de gas extraíbles económicamente. Por otra parte la formación de Magnas Verdes está constituida por una estratificación de lutita y marga de 30 a 40 m de espesor con un moderado nivel de TOC. Se estima una concentración de 72 BcF/mi^2 con 88 TcF de gas económicamente extraíble.

De la sumatoria del gas extraíble económicamente (172 TcF), sólo 64 TcF pertenecen a Chile.

Los recursos estimados para el territorio de Chile, técnicamente recuperables son de 48 Tcf de shale gas y 2,4 billones de barriles de petróleo.

8.2. Avances en la Exploración de Shale Gas en Chile

En septiembre de 2011, la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) cerró la licitación para explorar nuevas reservas de gas natural en Magallanes. En las cláusulas se incluyó la obligación de perforar al menos un pozo de shale gas.

Las empresas adjudicadas: Geopark, Wintershall e YPF, presentaron solicitudes de Contratos Especiales de Operación Petrolera (Ceops) al gobierno chileno para la adjudicación de cinco bloques: Isla Norte, Flamenco, Campanario, San Sebastián y Marazzi-Lago Mercedes.

El bloque San Sebastián (579,51 km^2) fue adjudicado a YPF y el de Marazzi-Lago Mercedes (584 km^2), al consorcio YPF- Wintershall. Para ENAP-Geopark se asignaron 3 bloques que cubren 1705.3 km^2: Isla Norte (555,4 km^2); Campanario (578 km^2); y Flamenco (571,89 km^2). En el primer bloque se constituirá una sociedad en la que Geopark tendrá una participación del 60%, y en los dos últimos, la correspondencia será 50% para cada una (Geopark y ENAP). En los tres bloques, el operador será Geopark.

9. Conclusiones

La existencia de reservas de gas natural en Chile de hasta 64 TcF, ha volcado intereses energéticos de exploración hacia la Patagonia chilena. ENAP ya firmó contrato y adjudicó bloques de exploración para grandes empresas petroleras con la condición de realizar al menos un pozo para estimar reservas de shale gas.

Contar con una futura independencia energética constituiría un balance positivo para el país impulsándolo hacia un mayor desarrollo. Sin embargo, no se deben dejar de lado las posibles consecuencias ambientales asociadas a la extracción de gas de este tipo de depósitos y que radican principalmente en la contaminación de recursos hídricos debido a una mala construcción, explotación y abandono de pozo. Esto se ve reflejado en la inexistencia de información sobre la estabilidad de un pozo sometido a sucesivos fracturamientos hidráulicos y ante la falta de tecnología para determinar la extensión de las fracturas generadas, de tal modo de tener un fracturamiento controlado.

Supervisando estos parámetros de perforación y fracturamiento, acompañados de una normativa adecuada que regule el uso de tóxicos en el fluido de fracturamiento, la cantidad de tramos permitidos en un pozo para que sea sometido a hidrofractura, y teniendo una regulación clara de los gases emitidos por el proceso de producción, se podrían llegar a acuerdos de explotación con la comunidad.

Para que el proyecto sea exitoso, se deben mantener y proponer los más altos estándares de calidad respecto al cuidado del ambiente y reducir al máximo el impacto ambiental de zonas protegidas.

BIBLIOGRAFíA

American petroleum institute. (2010). “Water management associated with hydraulic fracturing” [julio 2011]. Disponible en: <http://www.api.org/~/media/files/policy/exploration/hf2_e1.pdf>

Fox, Josh (2010). “Gasland” [julio 2011]. Disponible en: <www.gaslandthemovie.com> En caché - Similares

Galusky, Peter. (2007). “Fort Worth Basin/Barnett Shale natural gas play: An assessment of present and projected fresh water use” [agosto 2011]. Disponible en: http://barnettshalewater.org/documents/Barnett_Shale_Regional_Assessment_of_Water_Use%20_Apr_3_2007.pdf

Ground water protection council & All consulting (2009). “Modern shale gas development in the US: A primer” [agosto 2011]. Disponible en: <http://www.netl.doe.gov/file%20library/Research/oilgas/Shale_Gas_Primer_2009.pdf>

Houghton, J.T; Jenkins, G.H; Epharaums, J.J. (1990) “Climate Change: The IPCC Scientific Assessment.” Report Prepared for IPCC by Working Group 1 [diciembre, 2014]. Disponible en: https://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_ipcc_first_assessment_1990_wg1.shtml

Kargbo, David; Wilhelm, Ron & Campbell, David (2010). “Natural gas plays in the Marcellus Shale: challenges and potential opportunities.” [julio, 2011] Disponible en: Rev. Environmental Science & Technology, VOL.44, Nº 15, pp. 5679-5684.

Osborn, Stephen; Vengosh, Avner, Warner, Nathaniel and Jackson, Robert (2011). “Methane contamination of drinking water accompanying gas-well drilling and hydraulic fracturing” [julio 2011]. Disponible en: Rev. Proceedings of the National Academy of Sciences, VOL. 108, Nº 20, pp. 8172-8176.

Rudnick, Hugh; Cortéz, Veronica; Salamunic, Luca; and Dattas, Maurice (2011). “*La Revolución del Shale Gas” [agosto, 2011]*. Disponible en: http://web.ing.puc.cl/power/alumno11/shale/La%20Revolucion%20del%20Shale%20Gas_archivos/La%20Revolucion%20del%20Shale%20Gas.pdf

US. Environmental Protection Agency (2011). “Draft Plan to Study the potential Impacts of Hidraulic fracturing on Drinking Water Resources” [diciembre, 2014]. Disponible en: <http://yosemite.epa.gov/sab/sabproduct.nsf/0/D3483AB445AE61418525775900603E79/$File/Draft+Plan+to+Study+the+Potential+Impacts+of+Hydraulic+Fracturing+on+Drinking+Water+Resources-February+2011.pdf>

US. Energy Information Administration (2011). “World Shale Gas Resources: An Initial Assessment of 14 Regions Outside the United States, US” [julio, 2011]. Disponible en: <http://www.advres.com/pdf/ARI%20EIA%20Intl%20Gas%20Shale%20APR%202011.pdf>

US. Energy Information Administration (2013). “Technically recoverable Shale oil and Shale gas resources: An Assessment of 137 Shale Formations in 41 Countries outside the United State” [diciembre, 2014]. Disponible en: <http://www.eia.gov/analysis/studies/worldshalegas>

US. Environmental Protection Agency (2011). “Plan to study the potential impacts of hydraulic fracturing on drinking water resources” [julio, 2011]. Disponible en: <http://water.epa.gov/type/groundwater/uic/class2/hydraulicfracturing/upload/hf_study_plan_110211_final_508.pdf>

Waxman, Henry; Markey, Edward & Degette, Diana. (2011). “Chemicals used in hydraulic fracturing” [Agosto, 2011]. Disponible en: <http://conservationco.org/admin/wp-content/uploads/2013/02/Final-Rebuttal-Exhibits.pdf-Adobe-Acrobat-Pro.pdf>

Zoback, Mark; Kitasei, Saya & Copithorne, Brad. (2010). “Addressing the environmental risks from shale gas development” [agosto, 2011]. Disponible en: <http://www.worldwatch.org/files/pdf/Hydraulic%20Fracturing%20Paper.pdf>

BIOMASA EN CHILE ¿UNA ENERGÍA RENOVABLE NO CONVENCIONAL "LIMPIA Y VERDE" PARA LA GENERACIÓN ELÉCTRICA?

Karen Estela Vargas Ponce[1]

1. Introducción

El uso de diversos indicadores demuestra que el desarrollo de Chile está íntimamente asociado a su consumo energético. El crecimiento del país demanda un mayor consumo de energía, generando un acople natural entre economía y energía. La alta dependencia de importaciones de gas y petróleo, fundamentalmente, cuyos altos precios han incrementado los costos marginales de generación de energía y, finalmente el precio de la electricidad, ponen a Chile en el desafío inmediato de contar con recursos energéticos suficientes y competitivos para apoyar el desarrollo esperado.

La disponibilidad y abastecimiento de energía influyen directamente en el crecimiento social y económico, y la falta de acceso a fuentes y redes de energía confiables constituye, ciertamente, una peligrosa limitación para el progreso sostenible, para el crecimiento económico y para el bienestar de la población. El desarrollo sostenible del país será compatible con restricciones ambientales y de abastecimiento, donde la energía y el medio ambiente son esenciales para alcanzar dicho desarrollo, siempre con una mirada a futuro evitando comprometer las necesidades básicas y la calidad de vida de las nuevas generaciones.

La crisis energética y la alta dependencia externa de combustibles, a la cual está expuesto Chile, ha hecho indispensable explorar nuevas fuentes de energía, analizando los costos de exploración, explotación, infraestructura para su producción, transporte y generación, pero exigiendo los resguardos adecuados en materia de salud y protección del medioambiente.

El actual fomento a las Energías Renovables No Convencionales (en adelante, "ERNC"), crea las condiciones para materializar proyectos ERNC por la vía de establecer una demanda forzada de este tipo de energías y a su vez generar confianza en el mercado eléctrico de la tecnología asociada.

Dentro de estas energías se incorpora y define a la biomasa como aquella obtenida de materia orgánica y biodegradable, la que puede ser usada directamente como combustible o convertida en otros biocombustibles líquidos, sólidos o gaseosos, conviene de acuerdo al Protocolo de Kyoto, que el CO_2 generado en el

1 Ingeniero Civil Químico de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

proceso de combustión, no se contabiliza para cálculos de la huella de carbono, ya que es considerado parte del ciclo biológico normal.

Existen diversos estudios sobre el potencial de generación eléctrica a partir de biomasa en Chile, considerándola como una fuente de energía renovable y no convencional, y con beneficios ambientales frente a otros combustibles fósiles.

Bajo altos estándares de cumplimiento y compromisos de protección medioambiental, y considerando que ninguna alternativa energética, a excepción de las relativas a eficiencia energética, tiene un efecto ambiental nulo en el medio ambiente, el presente trabajo profundiza sobre la regulación del uso de este tipo de combustible y argumenta por qué se debe profundizar en el estudio de las emisiones de las instalaciones de generación eléctrica en base a biomasa, y si debieran éstas ser realmente consideradas bajo el concepto de renovables y carbono neutral.

2. La matriz energética en Chile

De acuerdo a estadísticas de la Comisión Nacional de Energía[2] la matriz energética nacional está compuesta por un 15,74% de petróleo y derivados, 21,9% de carbón, 25,12% de Gas Natural, 2,02% de Biomasa, 33,93% hidráulica y un 1,11% de energía eólica. El porcentaje total de ERNC en Chile es de un 3,76% (658,8 MW), basados en los 17.478 MW de la potencia neta máxima instalada actualmente.

El 62,76% de los recursos energéticos de Chile provienen de fuentes contaminantes, como petróleo, gas y carbón (utilizados para energía térmica).

El ritmo de crecimiento que requiere Chile para alcanzar el desarrollo implicará también duplicar la capacidad de potencia instalada actualmente y, por cierto, la aplicación de mejores tecnologías, y una política de Estado. El camino hacia el desarrollo será compatible con restricciones ambientales y de abastecimiento, donde la energía y el medio ambiente son esenciales para alcanzar dicho desarrollo.

3. Concepto de ERNC en Chile

El sector eléctrico en Chile está entregado a los privados, y el Estado cumple su papel al regular, fiscalizar y subsidiar. Dicha regulación del Estado busca lograr que la electricidad se produzca respetando la normativa ambiental, con una matriz diversificada y sin dependencia exclusiva de una sola fuente, para así evitar problemas de suministros.

2 Comisión Nacional de Energía; 2012 “Distribución de energía, estadísticas a diciembre 2012” http://www.cne.cl/estadisticas/balances-energeticos

La promulgación de la Ley corta I, N° 19.940 en el año 2004, tuvo como objetivo permitir a las generadoras pequeñas exigir ser conectadas a la red de los distribuidores en caso de que no puedan acceder a las transmisoras troncales. De esta manera, se generaban beneficios a las ERNC, que antes de esta ley no habrían sido capaces de competir en el mercado de la generación.

Más tarde, en el año 2005, se promulga la Ley corta II, N° 20.018, que tiene por objeto incentivar la inversión en generación, definiendo un sistema de licitaciones competitivas que aseguren un precio por un tiempo determinado. Esto obligó a las empresas de distribución eléctrica a comprar bloques de potencia para asegurar el suministro eléctrico.

4. Fomento a las Energías Renovables No Convencionales

El país presenta un potencial significativo de recursos renovables, que pueden ser aprovechados en generación de electricidad, calor y producción de biocombustibles.

El proceso de integración de estas energías debe diseñarse en forma seria y responsable, midiendo adecuadamente los efectos que dicha incorporación genera. Por ello, esta aspiración debe tener un correlato en fundamentos y proyecciones técnicas y no debe descuidar objetivos paralelos muy relevantes, como lo son, entre otros, el contar con energía accesible, segura y económica, a través de proyectos y tecnologías competitivas.

La Ley N° 20.257[3] (Introduce modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales), estableció que los grandes generadores (con capacidad por sobre los 200 MW) deberán hacer que al menos un 5% de la energía que comercializan sea renovable no convencional. Esta exigencia iría subiendo gradualmente hasta alcanzar el 10% en el año 2024.

La Ley N° 20.257 no define claramente qué se entiende por ERNC. El artículo 225 letra a) dice que es “aquella energía eléctrica generada por medios de generación renovables no convencionales”, y señala cuáles son los medios de generación renovables no convencionales. Ellos son[4]:

a) Aquellos cuya fuente de energía primaria sea la energía de la biomasa, correspondiente a la obtenida de materia orgánica y biodegradable, la que puede ser usada directamente como combustible o convertida en otros

3 Ley N° 20.257 http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=270212

4 Proyecto Energías Renovables no Convencionales (CNE/GTZ); 2009; “Las Energías Renovables No Convencionales en el mercado eléctrico chileno” páginas 61-62. http://www.giz.de/de/downloads/sp-ERNC-mercado-electrico-chileno.pdf

biocombustibles líquidos, sólidos o gaseosos. Se entenderá incluida la fracción biodegradable de los residuos sólidos domiciliarios y no domiciliarios.

b) Aquellos cuya fuente de energía primaria sea la energía hidráulica y cuya potencia máxima sean inferior a 20 MW.

c) Aquellos cuya fuente de energía primaria sea la energía geotérmica, entendiéndose por tal la que se obtiene del calor natural del interior de la tierra.

d) Aquellos cuya fuente de energía primaria sea la energía solar, obtenida de la radiación solar.

e) Aquellos cuya fuente de energía primaria sea la energía eólica, correspondiente a la energía cinética del viento.

f) Aquellos cuya fuente de energía primaria sea la energía de los mares, correspondiente a toda forma de energía mecánica producida por el movimiento de las mareas, de las olas y de las corrientes, así como la obtenida del gradiente térmico de los mares.

g) Otros medios de generación determinados fundadamente por la Comisión, que utilicen energías renovables para la generación de electricidad; contribuyan a diversificar las fuentes de abastecimiento de energía en los sistemas eléctricos y causen un bajo impacto ambiental, conforme a los procedimientos que establezca el reglamento.

Como puede apreciarse, el concepto de energía renovable no convencional no está claro en la legislación. Se hace necesario, entonces, hacer un breve análisis sobre su significado, ya que la ley sólo enumera qué tipo de energía se encuentra vinculada al concepto de ERNC.

El Ministerio de Energía señalaba que ERNC se refiere a "combinaciones entre energías primarias renovables y tecnologías, que tienen un bajo impacto ambiental y que no están presentes de manera importante en los mercados eléctricos nacionales". Y correspondería a las siguientes categorías de proyectos: pequeña hidráulica (centrales hidroeléctricas de menos de 20 MW), biomasa y biogás, geotermia, solar, eólica, de los mares, entre otros (proyectos de energías renovables definidos fundadamente).

En septiembre de 2010 se presentó el proyecto de ley, cuyo objetivo es alcanzar una meta de generación del 20% para el año 2020, con energías renovables no convencionales. Este proyecto crea incentivos, ya que las empresas eléctricas tendrán la facultad de comprar los atributos o certificados de ERNC respecto de proyectos ejecutados por clientes libres aun cuando no estén conectados al respectivo sistema eléctrico. Además, permite a las empresas de distribución eléctrica comprar a clientes

libres, o las localidades rurales, los atributos o certificados de ERNC, con el propósito de comercializarlos entre aquellas empresas eléctricas que deban acreditar que el 20% de sus retiros han sido inyectados por medios de generación renovables no convencionales.

Una de las principales críticas que se le formuló al proyecto durante la discusión parlamentaria, es que la generación de electricidad por fuentes no convencionales, implica una inversión inicial de alto costo que no es proporcional con el rendimiento energético que ellas generan. Ello se explica por la implementación de nuevas tecnologías para cumplir con la generación eléctrica sobre la base de ERNC, las que serán traspasadas a precios, afectando al consumidor final del servicio. También se discutió la posibilidad de ampliar el concepto de ERNC, argumentando que "resulta inconveniente que centrales que a nivel mundial comercializan Bonos de Carbono, no sean consideradas por nuestra legislación como energías renovables", y que además sean obligadas a comprar atributos de ERNC.

La Ley 20/25 (Ley de impulso a las Energías Renovables no Convencionales), apunta a integrar un 20% de energías renovables no convencionales a la matriz al año 2025. En lo principal, se indica que las empresas eléctricas que efectúen retiros de energía desde los sistemas eléctricos con capacidad instalada superior a 200 MW para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios, deberán acreditar ante la Dirección de Peajes del CDEC respectivo que una cantidad de energía equivalente al 20% de sus retiros en cada año calendario haya sido inyectada a cualquiera de dichos sistemas, por medios de generación renovables no convencionales, propios o contratados.

A nivel industrial se cree que una de las razones que tuvo el gobierno para echar pie atrás en el 20-20 y llevarlo a 20-25 era la dificultad para cumplirla. Pero en las grandes eléctricas piensan que es la misma ley la que se auto limita, porque sin la barrera de los 20 MW para centrales mini-hidro la meta del 20% estaría más a la mano; el cuestionamiento a esta barrera se debe a que deja por fuera a centrales de mayor capacidad que comercializan bonos de carbono y que a nivel internacional son consideradas como renovables; pero en Chile son tratadas con la rigurosidad de una termoeléctrica. La pregunta que surge es ¿qué es lo que se pretende incentivar al hablar de "energías renovables no convencionales"?

5. Potencial de la Biomasa en Chile

Para el Protocolo de Kyoto[5], la biomasa tiene un factor de emisión de dióxido de carbono (CO_2) igual a cero. La combustión de biomasa produce agua y CO2, pero la

5 Acuerdo internacional vinculado a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que compromete a sus Partes mediante el establecimiento de objetivos de reducción de emisiones vinculantes a nivel internacional. http://unfccc.int/kyoto_protocol/items/2830.php

cantidad emitida de dióxido de carbono fue captada previamente por las plantas durante su crecimiento. Es decir, el CO2 forma parte de un flujo de circulación natural entre la atmósfera y la vegetación por lo que no representa un incremento en las emisiones de CO2. Su uso contribuye a reducir las emisiones de CO2 a la atmósfera siempre y cuando sustituya a un combustible fósil. Es por este motivo que los proyectos de biomasa o biogás, en Chile, son potenciales proyectos para postular al Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL)[6].

De acuerdo a los resultados obtenidos por este estudio Potencial de Biomasa Forestal[7], publicado por Proyecto Energías Renovables No Convencionales en Chile (CNE/GTZ) en enero de 2008, se concluye que, a nivel nacional, el potencial de generación a partir de biomasa residual procedente del manejo de bosques plantados puede estimarse en un nivel de entre los 310 y 470 MW de potencia eléctrica instalable.

Ese potencial se encuentra concentrado en las Regiones del Maule, del Bío Bío y de la Araucanía, que son aquellas en las que se desarrolla la mayor parte de la industria forestal del país y donde se concentra la mayor cantidad de superficies de plantaciones forestales.

El Informe Sectorial Final del Estudio de contribución de las ERNC al SIC al 2025, "Potencial de Biomasa en Chile"[8], publicado en julio de 2008, por CIE-NEIM, ha estimado el potencial factible económico de la biomasa en 500 MW al 2025. No obstante, si el costo de las tecnologías de conversión y la experiencia y conocimiento tecnológico fueran diferentes a las actuales, sin lugar a dudas, el potencial sería mayor. Por ejemplo, se estimó 541 MW factibles técnicamente, lo que podría aumentar el potencial estimado al 2025 de 500 MW a 841 MW.

6. La biomasa como ERNC: ¿alternativa renovable y carbono neutral para la generación eléctrica en Chile?

La utilización de la biomasa para producir energía ha ocurrido desde la antigüedad y de forma sostenible. La industrialización, por su parte, ha contribuido a disminuir las reservas de combustibles fósiles y los compromisos ambientales y de desarrollo sustentable han impulsado la búsqueda de otras fuentes de energía, tales como la biomasa.

6 Comisión Nacional de Energía (Área Medio Ambiente y Energías Renovables); 2007 "Proyectos de Biomasa" pp. 17-18. http://antiguo.cne.cl/cnewww/export/sites/default/05_Public_Estudios/descargas/GuiaBiomasaEIA.pdf

7 Proyecto Energías Renovables no Convencionales (CNE/GTZ); 2008; "Potencial de Biomasa forestal" http://www.inapiproyecta.cl/605/articles-1661_recurso_1.pdf

8 PONTT; 2008; "Estudio de contribución de las ERNC al SIC al 2025. Informe final." pp. 25-28. http://www.archivochile.com/Chile_actual/patag_sin_repre/03/chact_hidroay-3%2000019.pdf

Los supuestos beneficios de la generación de electricidad a partir de biomasa forestal son la disponibilidad ilimitada de la madera, el aprovechamiento de los residuos de la poda y el mantenimiento de los bosques, la forma limpia de producción o la neutralidad en términos del ciclo de carbono, y es esta última afirmación la que actualmente está siendo cuestionada por no estar sustentada sobre ninguna base científica.

La quema de biomasa emite grandes cantidades de contaminantes, así como la quema de otros combustibles sólidos como el carbón. Quemar materia orgánica emite material particulado (MP), óxidos de nitrógeno (NOx), monóxido de carbono (CO), dióxido de azufre (SO_2), el plomo, el mercurio y otros contaminantes peligrosos (HAPs).

Diferentes plantas tienen distintas tasas de emisión dependiendo del combustible quemado, el equipo de control instalado y lo bien que la instalación funciona. Existe evidencia de datos que muestran tasas de emisión de NOx en algunas plantas de carbón que son más bajas que en muchas plantas de biomasa. Del mismo modo, existe un alto grado de tasas de emisión de CO y PM entre las plantas de carbón frente a otras en plantas de biomasa. El dióxido de azufre (SO_2 o SOx) es el contaminante donde las tasas de emisión son claramente superiores para el carbón que para la biomasa.

Un nuevo informe del *Biomass Accountability Project*[9] ofrece una lista muy completa hasta la fecha de los proyectos de energía de biomasa en torno a los EE.UU. El informe contiene información detallada de más de 100 proyectos, así como una lista de proyectos que han sido retirados. Este informe es un recurso vital para enfrentar un proyecto de energía de biomasa y tratar de entender el panorama general de desarrollo de esta energía y sus efectos sobre la calidad del aire y el medio ambiente.

En Chile, de acuerdo a información publicada en el Servicio de Evaluación Ambiental (www.sea.gob.cl), sobre los proyectos[10] que han presentado Declaración de Impacto Ambiental para el desarrollo de proyectos de generación en base a biomasa, todos se han acogido a la no declaración de emisiones de CO_2, amparados en el concepto de "Carbono Neutral", donde su factor de emisión de dióxido de carbono (CO_2) es igual a cero, ya que supone que durante la combustión de la biomasa, la cantidad emitida de dióxido de carbono fue captada previamente por las plantas durante su crecimiento. Es decir, el CO_2 forma parte de un flujo de circulación natural entre la atmósfera y la vegetación por lo que no representa un incremento en las emisiones de CO_2, e incluso contribuye a reducir las emisiones de CO_2 a la atmósfera si sustituye a un combustible

9 Biomass Accountability Project; 2011; "The case for ending taxpayer and ratepayer subsidies that harm public health, environment, climate, and forests" pp. 15-16. http://www.pfpi.net/wp-content/uploads/2011/06/BAP-Biomass-Projects-Report.pdf

10 Servicio de Evaluación Ambiental. http://seia.sea.gob.cl/busqueda/buscarProyectoAction.php?modo=ficha&nombre=biomasa&sector=7&regiones=&presentacion=undefined&buscar=true

fósil, pudiendo adicionalmente ser considerados potenciales proyectos para postular al Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL)[11].

Cuadro 1: Proyectos de generación con biomasa en Chile. SEA

Nombre	Región	Titular	Inversión [MMU$]	Fecha presentación	Estado
Planta de Cogeneración con biomasa en Norske Skog Bío Bío	Octava	Papeles Norske Skog Bío Bío Limitada	60,0000	30-nov-2010	Aprobado
Reemplazo de Caldera de Petróleo por Generación de Energía Térmica por Biomasa (e-seia)	Quinta	Energías Industriales S.A.	5,0000	4-dic-2009	Aprobado
Embarcadero, Uso de Biomasa y Depósito de Cenizas Central Térmica Andino (e-seia)	Segunda	Central Termoeléctrica Andina S.A.	5,2500	10-sep-2009	Aprobado
Planta de Cogeneración de Energía Eléctrica y Vapor con Biomasa en CFI Horcones Caldera de Biomasa CFI Horcones (e-seia)	Octava	Celulosa Arauco y Constitución S.A.	73,0000	29-nov-2007	Aprobado
Planta de Cogeneración de Energía Eléctrica y Vapor con Biomasa en CFI Horcones Caldera de Biomasa CFI Horcones (e-seia)	Octava	Celulosa Arauco y Constitución S.A.	73,0000	29-nov-2007	Aprobado
Sistema de Cogeneración de Energía con Biomasa Vegetal Cogeneración MASISA Cabrero (e-seia)	Octava	Masisa S.A.	17,0000	17-abr-2007	Aprobado
Cogeneración de Energía con Biomasa Vegetal cogenereación de energía con biomasa vegetal (e-seia)	Octava	Allan Lomas Redón	10,0000	26-ago-2005	Aprobado
MODIFICACIÓN PROYECTO CALDERA A BIOMASA EN PLANTA PACÍFICO, MININCO, APROBADO POR RCA N°021/12.05.04 (e-seia)	Novena	CMPC Celulosa S.A.	35,0000	18-feb-2005	Aprobado
Caldera a Biomasa en Planta Pacífico, Mininco (e-seia)	Novena	CMPC Celulosa S.A.	25,0000	24-mar-2004	Aprobado
Caldera a Biomasa	RM	Vapores Industriales S.A.	1,2000	16-ago-2001	Aprobado

En la práctica, la biomasa de leña es el mayor contaminador de carbono de todos, por unidad de energía generada. Es peor que el carbón, peor que el diésel, y peor que el gas natural, tanto a causa de la baja energía inherente a la proporción de carbono

11 Creado a través del artículo 12 del Protocolo de Kyoto, a objeto que los países desarrollados cumplan con parte de sus compromisos de reducción de emisiones de gases invernadero, y que los países en desarrollo se beneficien de las actividades de proyectos que generen certificados de carbono. Pueden participar en él, en forma voluntaria, países desarrollados y países en desarrollo que hayan ratificado dicho protocolo.

en la madera, y también porque las instalaciones de biomasa generalmente operan a eficiencia considerablemente más bajas que las instalaciones de combustible fósiles.

a) La madera emite más carbono por unidad de energía que otros combustibles[12]

- Gas natural: 117.8 lb CO_2/mmbtu
- Carbón bituminoso: 205.3 lb CO_2/mmbtu
- Madera: 213 lb CO_2/mmbtu (completamente seco)

b) La madera se encuentra a menudo húmeda y sucia, lo que degrada su poder calorífico, obteniendo menor contenido de energía (BTU[13]) por kilogramo, y requiriendo una fracción de energía contenida en la madera, para evaporar toda el agua contenida, antes de lograr contar con la energía útil.

c) Las calderas de biomasa funcionan con menos eficiencia que las calderas de combustibles fósiles.

Por otra parte, si bien en la actualidad los nuevos quemadores de biomasa son algo más limpio que los instalados en plantas existentes, la mayoría de las personas considera a la madera como un combustible más limpio que el carbón, considerando que ambos presentan un perfil de emisiones muy similar. Debido a esto, recientemente la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (U.S. EPA, por sus siglas en inglés), estableció una única norma de gases de "combustible sólido" para los contaminantes del carbón y la biomasa regulados bajo la "regla de la caldera"[14], que es la parte de la Ley de Aire Limpio, que regula las emisiones de contaminantes peligrosos del aire. Emisiones permisibles de partículas, ácido clorhídrico, y el mercurio son los mismos para la biomasa y el carbón bajo la "regla de la caldera".

Por consiguiente, afirmar que la biomasa es "combustión más limpia" que el carbón no es una declaración que esté justificada (con la excepción de las emisiones de azufre a partir de carbón, que son casi siempre más altas que las emitidas por la biomasa).

En enero de 2010, la EPA propuso dar a todas las instalaciones de quema de biomasa una exención de tres años de monitoreo y control de emisiones CO_2, bajo

12 U.S. Energy Information Administration; 2011;" Voluntary Reporting of Greenhouse Gases Program (Voluntary Reporting of Greenhouse Gases Program Fuel Carbon Dioxide Emission Coefficients)". http://www.eia.gov/oiaf/1605/coefficients.html

13 BTU: British thermal unit

14 U.S. Environmental Protection Agency; 2011; "Regla de la Caldera". http://www.epa.gov/air/ej/ejicib.html

la llamada “regla de adaptación” de la Ley de Aire Limpio (la propuesta formal fue emitida en marzo de 2011)[15].

Esta acción aplaza por un período de tres años, la aplicación de la Prevención de Deterioro Significativo (PSD) y los requisitos de permisos de dióxido de carbono (CO_2) de la bioenergía y otras fuentes estacionarias biogénicas. Este es uno de varios pasos que la EPA está tomando para abordar las cuestiones relacionadas con las emisiones de CO_2 biogénico de fuentes estacionarias.

Durante el período de aplazamiento de tres años, la EPA llevará a cabo un examen detallado de la ciencia asociada a las emisiones biogénicas de CO_2 de fuentes fijas, en colaboración con agencias federales, expertos técnicos, y un panel científico independiente para considerar los aspectos técnicos que la Agencia debe resolver con el fin de dar cuenta de las emisiones de CO_2 de manera que sean científicamente sólidos y manejables en la práctica.

En mayo del mismo año, la EPA propuso que las emisiones procedentes de la combustión de biomasa se consideraran como emisiones de gases de efecto invernadero, pero en julio, la agencia emitió un “llamado de información” sobre el tema y ha recibido más de 7.000 comentarios.

Sin duda que el hecho de que la EPA esté llamando a un estudio de tres años sobre el tema de la neutralidad de carbono indica que hay una pregunta importante de contestar, para conocer cómo se tratará finalmente a la biomasa bajo la “regla de adaptación”, que determinará finalmente qué contaminadores estarán obligados a dar cuenta de sus emisiones de conformidad con la Ley de Aire Limpio.

Uno de los argumentos para justificar la idea de que la energía de la biomasa es carbono neutral es que los cultivos de plantas “re-conquistan”, o “re-secuestran” una cantidad de carbono equivalente a la liberada a la atmósfera por la quema de combustibles de biomasa, y, por lo tanto, las emisiones netas de carbono son cero.

Cuando se utilizan los árboles para combustible, es evidente que no es posible que el sistema sea “carbono neutral “ en un plazo de tiempo significativo para hacer frente al cambio climático. Una planta de energía de biomasa de 50 MW quema más de una tonelada de madera en un minuto. Se toman unos segundos para quemar un árbol, y muchas décadas para crecer de nuevo.

15 U.S. Environmental Protection Agency; 2011; “Proposed Rule - Deferral for CO_2 emissions from Bioenergy and Other Biogenic Sources under the Prevention of Significant Deterioration (PSD) and Title V Programs”. http://www.epa.gov/NSR/ghgdocs/biogenicfs.pdf

7. Conclusiones

Durante los últimos 15 años, ha existido un aumento considerable de la participación de las ERNC en los mercados energéticos a nivel internacional. La capacidad instalada de generación eléctrica con ERNC a comienzos del 2007, alcanzaba los 182 GW a nivel mundial, equivalente a un 4% de la capacidad instalada total (4.100 GW).

Los incrementos de participación de las ERNC a nivel internacional son resultado de la introducción de mecanismos de incentivos para el desarrollo de proyectos, motivados por la necesidad de diversificar sus fuentes energéticas para lograr una mayor independencia de las importaciones, una mayor seguridad en el suministro y en abordar aspectos relacionados con el desarrollo sustentable.

Es indiscutible que la participación de las ERNC en la matriz energética representa una importante herramienta para el desarrollo sustentable del país. Los cambios realizados en los últimos años en el marco regulatorio del sector eléctrico y la generación de información para identificar y evaluar ese tipo de proyectos en Chile, busca fomentar y apoyar la inversión privada en ERNC, bajo un soporte estatal e institucional, y un adecuado marco jurídico que lo regule.

La biomasa, a diferencia de otras tecnologías renovables como la eólica y la solar, es un gran emisor de CO_2, mayor precursor de Gases de Efecto Invernadero GEI (85%) y Calentamiento Global, sin embargo es actualmente considerada como ERNC, debido a la teoría que la sitúa como “renovable” y “carbono neutral”, y por tanto con la capacidad de generar reducciones de las emisiones de carbono que aceleran el calentamiento global.

En Chile, los proyectos de generación en base a biomasa, al igual que en países acogidos al Protocolo de Kyoto, no declaran las emisiones de CO2 generadas por la combustión de biomasa. Y hasta hace poco tiempo atrás, incluso la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, país que no firmó el Protocolo de Kyoto, tampoco ha considerado las emisiones de CO2 generadas por la combustión de biomasa como precursor de GEI, esto por la misma razón de “carbono neutral”.

Las políticas y medidas para proteger el medio ambiente contra el cambio climático inducido por el ser humano deben ser las apropiadas. La tarea de elaborar, actualizar y publicar periódicamente los inventarios nacionales de las emisiones antropógenas de todas las fuentes emisoras, así como actualizar regularmente programas nacionales que contengan medidas orientadas a mitigar el cambio climático, no debe ser sólo un compromiso impuesto por protocolos internacionales.

Durante el transcurso del 2015, se conocerá el informe que está preparando la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos sobre el tema de la neutralidad

del CO_2 en instalaciones de generación a biomasa. Independiente de los resultados que arroje este estudio, ¿no sería prudente que países como Chile, con aspiraciones a alcanzar el desarrollo, estén obligados a monitorear, controlar y declarar sus emisiones de CO_2 en futuros proyectos de generación en base a biomasa?

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Biomass Accountability Project; 2011; "The case for ending taxpayer and ratepayer subsidies that harm public health, environment, climate, and forests" pp. 15-16.

Comisión Nacional de Energía (Área Medio Ambiente y Energías Renovables); 2007; "Proyectos de Biomasa" pp. 17-18.

Proyecto Energías Renovables no Convencionales (CNE/GTZ); 2008; "Potencial de Biomasa forestal".

PONTT; 2008; "Estudio de contribución de las ERNC al SIC al 2025. Informe final." pp. 25-28.

U.S. Energy Information Administration; 2011; "Voluntary Reporting of Greenhouse Gases Program (Voluntary Reporting of Greenhouse Gases Program Fuel Carbon Dioxide Emission Coefficients)".

U.S. Environmental Protection Agency; 2011; "Regla de la Caldera".

U.S. Environmental Protection Agency; 2011; "Proposed Rule - Deferral for CO_2 emissions from Bioenergy and Other Biogenic Sources under the Prevention of Significant Deterioration (PSD) and Title V Programs".

NORMAS CITADAS

Ley N° 19.940 Corta I, Regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos. Diario oficial, 13 de marzo 2004.

Ley N° 20.018 Corta II, Modifica el marco normativo del sector eléctrico. Diario oficial, 19 de mayo 2005.

Ley N° 20.257, Introduce modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales. Diario oficial, 1 de abril 2008.

Ley N° 20.698 (20/25), Propicia la ampliación de la matriz energética, mediantes fuentes renovables no convencionales. Diario oficial, 22 de octubre 2013.

¿DEBE LA MINERÍA SOMETERSE AL DESARROLLO SUSTENTABLE?

Alicia Undurraga Pellegrini.[1]

1. Introducción

En estos tiempos, conceptos como *desarrollo sustentable, desarrollo sostenible y protección al medio ambiente* son materias ineludibles cuando nos enfrentamos a evaluar un proyecto de inversión en recursos naturales, ya sea este de recursos naturales renovables o no renovables, para discutir políticas públicas o para estudiar procesos específicos determinados a aplicar algunos o todos estos conceptos tanto en materias técnicas como materias legales.

¿Es realmente sostenible que la sustentabilidad sea sólo la protección del Medio Ambiente?

Muchos consideran que estos conceptos son sinónimos, y se pueden utilizar de forma indistinta, sin embargo cada una de estos tiene su propio significado con implicancias diversas según la materia a discutir.

El propósito de este ensayo es poder comprender las definiciones e implicancias de cada uno de ellos en la actividad primaria principal de nuestro país, que es la minería, con el objetivo de evaluar si existen medidas adecuadas en nuestra institucionalidad para enfrentar debidamente estos objetivos o para determinar realmente si queremos aplicarlos todos o no, y su forma de aplicación.

Hoy el tema de la aplicación de estos tres conceptos es materia diaria en las políticas públicas, la justicia, la prensa y la inversión, por lo que la precisión y extensión de cada uno de ellos es un tema importante para quienes nos dedicamos a las materias de Inversión, Recursos Naturales, Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable.

2. Los Conceptos de Desarrollo Sustentable y Desarrollo Sostenible

Para luego aplicar los conceptos de Desarrollo Sustentable y Desarrollo Sostenible a la Minería, parece fundamental hacer un repaso rápido de los conceptos y de donde se originan estos. No se pretende hacer un ensayo de esto, sino recalcar ciertos elementos básicos con el objetivo de evidenciar los puntos de encuentro y desencuentro.

---

1 Abogado de la P. Universidad. Católica de Chile. LL.M. Investment, Trade and Arbitration. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Magíster de Derecho Internacional, Inversiones y Comercio. Universidad de Chile.

Es tal la importancia que el Derecho Internacional le asigna al concepto Desarrollo Sustentable y las implicancias que tiene en el desarrollo de la persona humana y del ejercicio de sus libertades, que incluso se ha creado una división especial de las Naciones Unidas destinada proporcionar liderazgo en la promoción y coordinación de la implementación del programa de Desarrollo Sostenible (Rio +20)[2].

Antes de eso, ya en 1987, se definió al Desarrollo Sustentable como *"El desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades[3]"*.

El Desarrollo Sustentable se puede interpretar como un proceso de desenvolvimiento social basado en la interacción constructiva y sinérgica de las dimensiones ambiental, económica, productiva, socio-cultural y política, sobre la base tecnológica e institucional de la sociedad, respetando y motivando las diferencias culturales, enriquecidas a través de la comunicación[4].

Tiene, como se sabe, tres pilares fundamentales, que son el medio ambiental, el económico y el social, que dan lugar a tres objetivos diversos. El medio ambiental o ecológico que tiene como propósito el cuidado del medio ambiente; el pilar económico que tiene como objetivo el desarrollo económico; y el pilar social que tiene como fin la participación de la sociedad y equidad social.

El concepto de Desarrollo Sustentable se basa en el balance de estos tres pilares y no en el predomino de uno por sobre el otro, se funda en un equilibrio de pesos y contrapesos. Este balance se debe dar en cada sociedad según las necesidades de cada una. A nivel del Estado, a través de políticas públicas acordes, bajando desde las autoridades nacionales hasta las locales por cada instancia hasta el nivel del caso que nos ocupa, que en éste análisis, es la relación del actuar entre el Estado y los privados para la concreción de proyecto concreto de inversión en minería.

3. El Concepto de Desarrollo Sostenible

El concepto de Desarrollo Sostenible incluye todos aquellos pilares y objetivos establecidos en el de Desarrollo Sustentable, pero le incorpora un elemento fundamental adicional, que es el tiempo.

2 Programa de Desarrollo Sustentable de las Naciones Unidas. http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/

3 Informe Brundtland, 1987, Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas. Principios de la declaración de Rio de Janeiro de 1992.

4 Página Web: culturaparaeldesarrollo.files.wordpress.com/2011/06/miercoles1.pptx

La pregunta aquí es si ¿Es sostenible el nivel de crecimiento económico que estamos teniendo y su consecuente abuso en la utilización de nuestros limitados recursos naturales? O por otra parte ¿Existe la necesidad de limitar el desarrollo y hacernos cargo de este crecimiento desmedido que puede efectivamente comprometer a las generaciones futuras? y ¿Qué debemos preservar?

Para Chile, sobretodo en temas mineros, parece ser opinión mayoritaria, que aun cuando no sin condiciones, el desarrollo a través de la actividad minera es algo deseable, tiene en ello el país una gran tradición cultural que se remonta a más de tres mil años. En otros países, la discusión primaria de si se deben o no explotar los recursos mineros se vive con fuerza. Son ejemplo de ello países como los centroamericanos, entre los que destacan Costa Rica, Guatemala y Honduras, entre otros. En esta discusión, priman valores conservacionistas tanto de la naturaleza como de la reserva de los recursos para futuras generaciones, también consideraciones culturales indígenas diversas a las nuestras y experiencias históricas difíciles.

En nuestro país, a pesar de que el debate se ha radicalizado históricamente en si la explotación debe ser en exclusiva por parte del Estado o debe tener participación de privados, existen también Organizaciones No Gubernamentales que han tenido la intención de concientizarnos respecto al uso de éstos, tal como el Fondo Mundial para la Naturaleza[5], que estableció límites para el uso de los recursos naturales anuales. En este caso, para el año 2014, ya habíamos sobrepasado ese límite en el mes de agosto.

Adicionalmente, existen corrientes más radicales que hablan de restringir la explotación de materias primas no renovables con la intención de reservar estas para futuras generaciones o para respetar de manera íntegra el planeta.

Esto, en base al crecimiento actual del mundo, es directamente insostenible. El mundo necesita materias primas para crecer, para todas las actividades económicas, por lo que hoy la sostenibilidad establecida de forma radical, limitaría fuertemente y hasta mataría al sustantivo del concepto que es el DESARROLLO.

Por otro lado, muchos equiparan estos conceptos con el cuidado y protección del Medio Ambiente, lo que parecería incorrecto. Al quedar radicalmente probado que los conceptos de Desarrollo Sustentable y Sostenible no son lo mismo que el cuidado del medio ambiente, este último es parte de ellos, pero no es el todo de ninguno de éstos conceptos. También queda claro que en ellos se destaca la importancia a este cuidado y protección con una relevancia que nunca antes se le había dado y se establecen relaciones con el desarrollo social y económico de forma virtuosa.

5 Chile.panda.org/?227546/El-presupuesto-de-la-naturaleza-se-agot-hoy-y-la.humanidad-comienza-a-vivir-soregirada-con-el-planeta

En materia internacional, las Naciones Unidas lo tratan diferente, a la División de Desarrollo Sustentable antes explicada, mantiene el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente[6]. En Chile, en el Ministerio de Relaciones Exteriores se mantiene esa misma correspondencia con divisiones distintas: para el Desarrollo Sustentable, existe ECODESU y tiene otro departamento separado, que es la Dirección de Medio Ambiente y Asuntos Marítimos, DIMA[7].

4. ¿Cómo reacciona la Actividad Minera frente a estos conceptos?

En el caso de la minería, tal y como casi todas las actividades productivas, se encuentra enfrentada a este cambio de paradigma, el del desarrollo sustentable. La minería como actividad, incluso en Chile, tiene miles de años. Es evidente que no existía en ella la idea de la necesidad del respeto al medio ambiente, ni la necesidad de tomar elementos de desarrollo socio-cultural, y que éste proceso de transición puede ser largo y no exento de dificultades.

Desde el punto de vista de éste análisis, en el concepto de Desarrollo Sustentable, que es un concepto que radica en el balance, no existe la posibilidad de que un pilar subyugue a otro, y la clave está en el equilibrio dado por todos los pilares, en leer lo que se estaba realizando antes de este cambio de paradigma, entenderlo debidamente, y modificar aquellos elementos que no están abordados con la profundidad necesaria para el cumplimiento de este.

Para este ejercicio, el caso de la minería es muy interesante. Antiguamente, la minería era por sobretodo una actividad muy lucrativa. Para sus dueños y gestores en primera instancia, y para sus trabajadores y comunidades aledañas en segunda. Hoy, en base a este nuevo paradigma es innegable que esto debe modificarse y se modifica. Pero ¿Cómo hacerlo? ¿Cuáles son los objetivos? y ¿Cómo lograrlos?

Se plantea que el cuidado al medio ambiente tiene un costo mayor y enormes dificultades técnicas, lo que sin lugar a duda reduciría las ganancias, y se plantea adicionalmente que el desarrollo social no basta con la remuneración a los trabajadores, por muy buena que esta sea. Pero ¿Es suficiente esto para decir que la minería no es sustentable?

Desde el punto de vista de éste análisis no lo es. Existen desafíos, por supuesto, pero no basta con la solución sencilla de que el no cumplir los más altos estándares en cada uno de los pilares sea razón suficiente para limitarla radicalmente o para restringirla haciendo casi imposible su desarrollo.

6 Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente http://www.pnuma.org/

7 http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/edic/base/port/medio_ambiente.html

Para ello es importante volver al concepto de desarrollo sustentable antes explicado e indicar que sin desarrollo no es posible la existencia de desarrollo sustentable, y la minería, sin lugar a dudas es fundamental para aquellos países que gozan de las condiciones geológicas y que cuentan con una cultura tradicional de explotación, tal como es el caso de Chile. No por nada la minería se ha establecido como una actividad fundamental en participación en nuestro PIB con un porcentaje del 15,3% entre los años 2005-2013[8] y en nuestras exportaciones representando un 58,7% de estas[9], y con ello parte de cómo somos vistos en la comunidad internacional.

Este desarrollo es importante no sólo en materia económica, sino que por la repercusión que el desarrollo económico tiene en el crecimiento de los otros dos elementos (medioambiental y social). No en vano, es en los países más desarrollados en donde más conciencia y cuidado existe de estos pilares y de su subsecuente balance, sin embargo, aunque de forma paradójica muchas veces han sido ellos los que históricamente más han contaminado. En el ranking de los países más y menos "verdes", destaca con el número uno Finlandia, y como último Etiopía., quedando Chile en el lugar 43 de la clasificación general, y cuarto a nivel regional, luego de Uruguay, Argentina y Brasil, pero sobre Perú y Colombia[10]. El desarrollo es desde mi punto de vista una condición *sine qua non* para el desarrollo de los otros pilares tal y como queda demostrado.

5. ¿Cómo debemos mirar la actividad minera desde el desarrollo sustentable?

Lo debemos mirar a través de sus virtudes y también a través de sus desafíos. ¿Cuáles son estos desafíos? Existen desafíos en diversas áreas:

1) Respecto a la actividad económica propiamente tal, es el desgaste de yacimiento, la baja ley comparativa y los mayores costos de extracción. La minería depende directamente de la veta geológica, no puede moverse según disposiciones de otro tipo, es una actividad que por su naturaleza depende de un lugar fijo y determinado.

En el caso de la ley, como pureza del mineral, por ejemplo en el cobre, históricamente la ley y densidad para que la explotación minera fuera lucrativa era

8 SONAMI, participación de la minería en el PIB de Chile. www.sonami.cl

9 Cifras del Consejo Minero, publicadas por la revista Minería Chilena de fecha 28 de enero de 2014. http://www.mch.cl/2014/01/28/exportaciones-mineras-caen-5-en-2013-por-menor-precio-del-cobre/

10 Los países más y menos verdes del mundo http://ar.selecciones.com/contenido/a195_los-11-paises-mas-y-menos-verdes-del-mundo

cercana al 2% para el cobre porfírico[11], mientras que hoy, el promedio en Chile es de 0,86%[12] . Para superar esto, la tecnología ha sido fundamental en hacer más eficiente la actividad minera propiamente tal. En términos de información, la utilización de tecnología hace posible que hoy se pueda detectar el potencial minero con un menor costo en exploración y se pueda acceder a yacimientos que técnicamente eran imposibles o deficientes en el pasado.

2) Respecto al acceso al suelo, los desafíos mayores son tres: la actividad minera en Zonas Protegidas, la actividad minera en zona de Desarrollo Indígena y los eventuales reasentamientos de población civil e indígena.

Protecciones especiales de áreas protegidas por razones medioambientales y socio-culturales son una materia relativamente nueva, que pasa por certeza jurídica de una división territorial que defina debidamente y proteja las zonas requeridas, junto con el debido procedimiento para intentar conciliar ambos bienes cuando estos se traslapen.

Respecto al procedimiento de reasentamiento, se requiere certeza jurídica y protección debida de todos los actores.

3) Respecto a la relación con las comunidades locales. Los desafíos se ampliaron enormemente. Hoy no basta con buenos salarios y la subsecuente distribución indirecta que ello conlleva. A estos antes explicados, se suman la expectativa de que la comunidad reciba beneficios directos; de que la salud y seguridad de los trabajadores y de la comunidad en general no se vea afectada; de que la actividad minera sea fuente de trabajo local, de capacitación laboral y de inclusión (sobre todo de mujeres), entre otros.

4) Respecto a los desafíos Ambientales, la actividad minera tiene grandes volúmenes de residuos, se ha visto enfrentado al Sistema de Gestión Ambiental, a la planificación del Cierre de sus faenas, a los desafíos que plantea el resguardo de la biodiversidad; y como industria, a los problemas que han llevado la enorme cantidad de pasivos ambientales que la actividad ha dejado durante años de explotación sin considerar estos factores.

6. ¿Cómo hacerse cargo de estos desafíos?

Esta transición debe realizarse paulatinamente; con la cooperación y coordinación correspondiente de los privados (Inversionistas, gestores,

11 Origen de la gran minería del cobre (1904-1930) Memoria chilena, Biblioteca Nacional de Chile. http://memoriachilena.cl/602/w3-article-3632.html

12 http://www.consejominero.cl/competitividad

trabajadores, ONGs y otros) y el ámbito público; con la participación de los encargados de políticas públicas; y la aplicación de ellas en todas las materias involucradas a nivel nacional, regional, provincial y local.

Estas nuevas fronteras, junto con el nuevo paradigma, hacen que los desafíos medio ambientales sean tal vez mucho mayores, y que tengan una profundidad y complejidad a la que no nos habíamos visto enfrentados anteriormente.

Desde el punto de vista público, es evidente que la incorporación de los pilares ha dañado la certeza jurídica de los inversionistas, por lo que reiterando que ésta debe ser paulatina, hay que agregar que debe ser escalonada, dando certezas jurídicas en cada paso.

En materia económica, los principales son el incorporar estos estándares a través de inversiones en innovación, emprendimiento y capital humano, sin perder la competitividad que cualquier actividad productiva requiere, y con la certeza jurídica debida. En esto es de destacar esfuerzos para incorporar la tecnología tales como el Plan Nacional de geología que ha aportado de forma pública información de geología básica, geofísica y geoquímica de todo el país y así reducir los costos para nuevos proyectos de exploración[13].

Adicionalmente se deben mantener certezas tales como la estabilidad impositiva y del royalty que daban instrumentos como el DL600 del Comité de Inversión Extranjera[14]. Retirarlo hoy, con una institucionalidad de Desarrollo Sustentable no decantada, traería mayor incertidumbre que la deseable, ya que no existe otro instrumento que de invariabilidad al royalty minero[15], pero es justamente una solución a esto lo que se está buscando.

En materia medio ambiental, la incorporación de nuevas normativas, que apoyen la certeza jurídica del trabajo realizado en las materias que aún están pendientes; la permanente revisión de los estándares y el desafío de crear nuevos instrumentos de gestión ambiental en materia minera[16].

La autoridad ha aumentado las exigencias para conseguir los permisos ambientales para la fase de explotación[17] e incorporado nuevas exigencias en

13 Plan Nacional de Geología. SERNAGEOMIN. http://www.sernageomin.cl/plan-nacional.php

14 Informe de reforma del Comité de Inversión Extranjera y DL600 www.ciechile.gob.cl

15 Los artículos 11 ter y 11 bis del contrato de inversión extranjera dan posibilidad a acogerse a la invariabilidad del royalty minero en la medida que se aporte al comité previamente una descripción mínima que debe ser debidamente aprobada por COCHILCO.

16 Ver Acuerdos de Producción Limpia en materia Minera: Acuerdo Marco de producción limpia Gran Minería y Acuerdo de Producción Limpia Pequeña Minería http://sernageomin.cl/ambiental-acuerdo.php

17 Ley 19300 de Bases del Medio Ambiente Contempla el Ingreso al Sistema de Evaluación

otras etapas, tal y como el cierre de faena[18]. Adicionalmente se han incorporado nuevas normativas ambientales para las fundiciones[19] y se están haciendo esfuerzos en otros temas.

A pesar de esto, grandes etapas de la minería, tales como la exploración o la estabilización de los pasivos ambientales, han sido básicamente abarcadas a través de iniciativas privadas con el objetivo de mejorar sus condiciones ambientales generales como medidas de compensación; y también como medidas precautorias previo al ingreso al sistema ambiental en materias ambientales y sociales.

En materias sociales, en conjunto con las remuneraciones individuales y colectivas, la industria se ha enfrentado a nuevos desafíos como la mejora de los estándares de seguridad[20] , lo que ha llevado a que la industria minera haya reducido considerablemente su accidentabilidad y fatalidades, reduciéndose a la menor cifra histórica, ya que la accidentabilidad el año 2013 fue de 2,1%, mientras que las fatalidades de ese año bajaron a un 0,04%[21].

A esto se suman desafíos de impacto positivo en comunidades locales, que se implementan en cada proyecto o de forma conjunta en programas, tales como, Calama PLUS[22], iniciativa que es una unión de varios proyectos con la intención dar una mejora integral a esta ciudad y a sus ciudadanos. Adicionalmente, existen amplios desafíos tales como la distribución territorial, la coordinación de proyectos, la programación urbana y de urbanización, el colapso de servicios básicos (escuelas, hospitales, etc.) para la gente relacionada con la actividad y para aquella que sólo habita las comunidades en las que se encuentra. Y otros desafíos tales como los de participación individual y colectiva; y la incorporación de un nuevo criterio de respecto a la cultura local[23] e indígena[24].

Ambiental para los proyectos de desarrollo minero (prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles) para la explotación la única hipótesis es para cuando estas son en un área protegida (Art. 10 letra p).

18 Ley 20.551 de cierre de faenas e Instalaciones mineras y Decreto 41 Reglamento de la Ley de Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras

19 Norma de Emisión para Fundiciones de Cobre y Fuentes emisoras de arsénico

20 Decreto Ley 132 Reglamento de Seguridad Minera

21 Accidentabilidad Minera, Servicio Nacional de Geología y Minería, Departamento de Operaciones Mineras (2013) http://www.sernageomin.cl/pdf/mineria/estadisticas/accidentabilidad_Minera/AccidentesFatales2013.pdf

22 Calama Plus, plan de desarrollo sustentable de Calama. http://calamaplus.cl

23 Incorporación a soluciones de respeto a la cultura local. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. http://www.cl.undp.org/

24 Guía de Buenas Prácticas entre Empresas Mineras y Comunidades. http://www.minmineria.gob.cl/wp-content/uploads/2014/05/Empresas_Mineras_y_Pueblos_Indigenas_en_Chile_2014.pdf

7. SEIA: función coordinadora y función evaluadora

El Servicio de Evaluación Ambiental, como gestor del sistema ambiental, tiene una doble función, la función de coordinación de todos los organismos que tienen competencia ambiental, como ventana única; y por otro lado, debe evaluar aquellas cuestiones que recaen directamente en su competencia.

El Sistema ambiental tiene que convivir con esta dualidad. Una dualidad que protege plenamente el concepto de Desarrollo Sustentable en su total complejidad, ya que administrativamente se mantiene uno, pero conserva las competencias y especialidades de cada uno de sus participantes desde el nivel regional hasta el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que es un órgano colegiado presidido por el/la Ministro/a de Medio Ambiente, como *primus inter* pares y no como un supraministro, en donde tienen participación todos los ministros cuyas carteras tienen competencia en materias afectas a alguno de los pilares del desarrollo sustentable. Las carteras son: Medio Ambiente, Hacienda, Salud, Economía y Reconstrucción, Energía. Obras Públicas, Vivienda y Urbanismos, Transportes y Telecomunicaciones, Minería y Desarrollo Social[25].

El sistema de balance está dado por toda la institucionalidad ambiental, y este fortalecimiento no ha sido en detrimento de otros, a pesar que como Estado debemos reforzar el contrapeso que el modelo de Desarrollo Sustentable Internacional plantea, y por tanto que otras instituciones den las respuestas adecuadas para que se actúe con la mejor arbitrariedad posible, dando certeza jurídica a todos los actores. Un ejemplo de esto ha sido la necesidad de dar mayor certeza a la aplicación del convenio de la OIT 169, con su subsecuente reglamento. Éste te proceso ha sido liderado por Desarrollo Social, con la participación de todos los ministerios competentes y aprobado por el consejo de Ministros[26].

Aunque los desafíos de coordinación en evaluación ambiental todavía son muchos, existen también desafíos para coordinar fiscalizaciones, donde no puede haber más de un órgano competente; y también una forma coordinada de aviso pertinente y denuncia entre los distintos servicios con el objetivo de facilitar la acción de la Superintendencia del Medio Ambiente, que es el más importante organismo llamado a la fiscalización ambiental. Este tema, que no ha decantado totalmente, está en vías de concreción con la total implementación de la Superintendencia de Medio Ambiente.

25 Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Ministerio de Medio Ambiente http://www.mma.gob.cl/portal_2011/w3-article-49186

26 Reglamento que regula el procedimiento de la Consulta Indígena. Ministerio de Desarrollo Social http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/Reglamento_Nueva_Normativa_Consulta_Indigena.pdf

Otro tema en donde se puede avanzar muchísimo es en el de los instrumentos de Gestión ambiental, la mayoría de éstos son del Ministerio de Medio Ambiente. Sin embargo, existen otros instrumentos dados por otras instituciones tales como, Ordenamiento Territorial, APL, CONADI (el reglamento del SEA se remite a la CONADI); pero una mayor coordinación y el reconocimiento de nuevos enriquecería no solo el proceso de evaluación, sino la forma en que el Estado establece el cumplimiento conjunto de un Desarrollo Sustentable.

8. Conclusiones

Creo que es claro que la minería no debe someterse, sino que debe entender claramente cuál es su papel en el modelo que plantea el Estado de Chile y el ordenamiento internacional. Debe cumplir su rol en todo sentido, coordinándose, cooperando y no resistiéndose para cumplir el mínimo.

No sólo desde el punto de vista económico, sino que también como impulsor de innovación y tecnología respecto a sí mismo y a los otros pilares; y entregando su parte para llegar al tan deseado balance.

Debe ayudar al diagnóstico de conflictos, adelantarse a soluciones, crear alianzas público y privadas para la pronta y oportuna solución de problemas.

El resto de los pilares y sus agentes impulsores deben cooperar e interactuar en conjunto con ellos, manteniendo su competitividad, dando las certezas requeridas e impulsando su crecimiento, ya que sin desarrollo se merman las posibilidades de proteger el medio ambiente y el crecimiento social.

Debe entender cuál es su peso histórico, y el contrapeso que debe hacer en las discusiones políticas y económicas.

Debe generar instrumentos de gestión ambiental y soluciones nuevas.

Y en plano internacional debe ayudar a formar opiniones que aporten con una visión nueva del panorama mundial, Chile es reconocido como un país minero, en donde la minería es una actividad que se realiza bien (aunque siempre perfectible) y no considerar eso en las posturas de la política exterior es limitar lo que Chile es y su posible aporte real[27] en temas directamente relacionados como el Instrumento

27 Un ejemplo claro de esto fue la participación conjunta de los ministerios de Medio Ambiente y Minería en el Instrumento Jurídicamente Vinculante del Mercurio en el marco del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente UNEP http://www.unep.org/spanish/chemicalsandwaste/Mercurio/Negociaciones/tabid/4417/Default.aspx

Jurídicamente vinculante del Mercurio o en participaciones tan relevantes como Rio, Rio+10 y Rio+20.

No existe un Chile Sustentable sin la minería, ni institucionalmente, ni económicamente, ni internacionalmente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Accidentabilidad Minera, Servicio Nacional de Geología y Minería, Departamento de Operaciones Mineras (2013). Disponible en http://www.sernageomin.cl/pdf/mineria/estadisticas/accidentabilidad_Minera/AccidentesFatales2013.pdf

Acuerdos de Producción Limpia en materia Minera: Acuerdo Marco de producción limpia Gran Minería y Acuerdo de Producción Limpia Pequeña Minería http://sernageomin.cl/ambiental-acuerdo.php

Calama Plus, plan de desarrollo sustentable de Calama. http://calamaplus.cl

Competitividad en Cobre: http://www.consejominero.cl/competitividad

Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Ministerio de Medio Ambiente http://www.mma.gob.cl/portal_2011/w3-article-49186

Consejo Minero de Chile. http://www.consejominero.cl

Fondo Mundial para la Naturaleza: http://chile.panda.org/?227546/El-presupuesto-de-la-naturaleza-se-agot-hoy-y-la.humanidad-comienza-a-vivir-soregirada-con-el-planeta

Guía de Buenas Prácticas entre Empresas Mineras y Comunidades. http://www.minmineria.gob.cl/wp-content/uploads/2014/05/Empresas_Mineras_y_Pueblos_Indigenas_en_Chile_2014.pdf

Informe Brundtland, 1987, Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas.

Instrumento Jurídicamente Vinculante del Mercurio en el marco del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente UNEP
http://www.unep.org/spanish/chemicalsandwaste/Mercurio/Negociaciones/tabid/4417/Default.aspx

Los países más y menos verdes del mundo http://ar.selecciones.com/contenido/a195_los-11-paises-mas-y-menos-verdes-del-mundo

Origen de la gran minería del cobre (1904-1930) Memoria chilena, Biblioteca

Nacional de Chile. http://memoriachilena.cl/602/w3-article-3632.html

Página Web Cultura para el Desarrollo: http://culturaparaeldesarrollo.files.wordpress.com/2011/06/miercoles1.pptx

Política Exterior Chilena. http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/edic/base/port/medio_ambiente.html

Principios de la declaración de Rio de Janeiro de 1992.

Programa de Desarrollo Sustentable de las Naciones Unidas. http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. http://www.cl.undp.org/

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente http://www.pnuma.org/

Revista Minería Chilena de fecha 28 de enero de 2014. http://www.mch.cl/2014/01/28/exportaciones-mineras-caen-5-en-2013-por-menor-precio-del-cobre/

Sociedad Nacional de Minería SONAMI. Participación de la minería en el PIB de Chile. http://www.sonami.cl

Velasco Páez, Francisco Javier (2011), "Globalización, desarrollo sustentable e Identidad Cultural", disponible en http://www.ucla.edu.ve/dac/compendium/compendium10/globalizacion.htm

NORMAS CITADAS

Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente.

Reglamento del SEIA.

Ley N° 20.551 de cierre de faenas e Instalaciones mineras.

Decreto N° 41 Reglamento de la Ley de Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras.

Norma de Emisión para Fundiciones de Cobre y Fuentes emisoras de arsénico.

Decreto Ley N° 132 Reglamento de Seguridad Minera.

Reglamento que regula el procedimiento de la Consulta Indígena. Ministerio de Desarrollo Social. http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/Reglamento_Nueva_Normativa_Consulta_Indigena.pdf

LA RESPONSABILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS PROYECTOS ENERGÉTICOS

Estelle Lemous Brochard[1]

1. Introducción

Punta Alcalde, Barrancones, Hidroaysén, Castilla, Pelambres, entre otros, son algunos de los proyectos paralizados recientemente en Chile en su fase de estudio o construcción. Este fenómeno, que afecta principalmente a los proyectos energéticos, incrementó en los últimos años, dejando al Estado, al sector energético y a la comunidad, en un escenario de incertidumbre.

Según estudios implementados por la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), las cifras arrojan que la cantidad de proyectos de generación eléctrica paralizados representaban una potencia de un poco más de 13.000 MW a la fecha de junio 2013[2]. La misma Federación Gremial anunció que a la fecha de julio 2013, los proyectos detenidos sumaban aproximadamente USD 55.000 millones (44% por incerteza jurídica y 22% por judicialización)[3]. Por otro lado, se confirmó una baja relativa de la cantidad de proyectos aprobados y según información del Servicio de Evaluación Ambiental, 2.488 MW de energía base para el sistema fueron aprobados durante el mandato de Sebastián Piñera, lo que corresponde a una baja de casi cuatro veces en comparación con lo que se registró entre los años 2006 y 2010.

Es materia frecuente en la prensa los casos de proyectos que han sido objeto de contestaciones o de acciones judiciales. En un país donde el desarrollo energético es una prioridad, estos conflictos socio-ambientales preocupan a inversionistas, empresarios y políticos. En este sentido, la última Jornada de Derecho de Energía, titulada "Energía judicializada", abrió un espacio para que los universitarios y los profesionales del sector energético reflexionaran sobre las causas y las maneras de resolver los desafíos que enfrenta el sector.

Si este fenómeno se inscribe en el marco de una tendencia internacional de contestación social, descrita en el artículo "*The march of the protest*" publicado

1 Abogado de la Haute École des Avocats Conseils de Versailles, Francia. Magister I y II de "Derechos de Asuntos Internacionales y Comercio Internacional" obtenido en la Universidad de Derecho Francois Rabelais de Tours.

2 Sofofa, Observatorio de la Inversión, Informativo N° 08, (junio 2013).

3 Sofofa, Catastro de Inversiones de la Sociedad de Fomento Fabril, (mayo 2013).

por el diario *The Economist* el 29 de junio 2013[4], se puede observar que en Chile el movimiento social se encausa activamente en el ámbito de la política energética y la protección del medio ambiente.

¿De qué manera se aplica la participación ciudadana en el proceso de evaluación ambiental de los proyectos? ¿Qué influencia tiene en su aprobación? ¿Acaso es la participación ciudadana la culpable del fenómeno de judicialización de los proyectos energéticos?

2. La necesidad de involucrar a la comunidad en el proceso de evaluación ambiental

En una sociedad cada vez más conectada y en movimiento en la que el Estado debe actuar en la solución de conflictos, garantizando a su vez el respeto de los derechos constitucionales, el involucramiento de la comunidad en la toma de decisiones legítimas toma particular importancia, sobre todo en la planificación de proyectos y acciones que pretendan un alto grado de aceptación.

La relación entre un Estado director y un ciudadano pasivo, ajeno a la esfera pública (característica de la democracia formal), se ha visto superada por una dinámica propia de una ciudadanía empoderada, activa y participativa, que hace explícita su voluntad de influir en las decisiones antes reservadas de manera exclusiva a la administración pública, pero que ahora están al alcance de la ciudadanía, que se moviliza demandando respuestas a la medida de sus necesidades y proyecciones, tanto individuales como comunitarias.

De acuerdo con el estudio "Aspectos jurídicos de la participación ciudadana en la gestión ambiental en Colombia", del abogado colombiano Luis Fernando Macías G.[5], el ciudadano busca participar de lo público para empoderarse frente al Estado, y así lograr una mejor calidad de vida. La participación ciudadana ofrece la posibilidad de influir sobre las decisiones del poder público sin necesidad de formar parte de su estructura administrativa ni de un partido político.

Podemos entender la participación ciudadana como "el proceso combinado de acciones o de iniciativas que pretenden impulsar y promover el desarrollo de la sociedad y la democracia participativa a través de la integración

4 *The Economist, "The march of protest*" (29 de junio de 2013), disponible en: <http://www.economist.com/news/leaders/21580143-wave-anger-sweeping-cities-world-politicians-beware-march-protest>

5 Macías G., Luis Fernando (2001), "Aspectos jurídicos de la participación ciudadana en la gestión ambiental en Colombia", Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, ISSN-e 1576-3196, Nº. 5, 2001.

y del involucramiento de la comunidad al ejercicio de la política y en el quehacer gubernamental, fomentando así la transparencia, la eficacia y la eficiencia de los servicios y políticas públicas"[6].

Existen diferentes formas de participación ciudadana. La participación ciudadana puede ser "informativa", lo que implica que la comunidad tiene acceso a la información sobre un asunto o una materia como puede ser un programa, proyecto o iniciativa política en particular, funcionando como remedio contra la desinformación o medio para conocer lo que se está implementando o proyectando. Puede ser también "consultiva", acompañando generalmente a la primera fase de información, basada en el intercambio de posiciones y opiniones. En esta forma las personas consultadas ejercen un rol activo desde un espacio otorgado para la manifestación de sus observaciones, fortaleciendo su involucramiento en la toma de decisiones. Un tercer aspecto de la participación ciudadana es el aspecto resolutivo, que apunta a resolver cualquier asunto o problema con eficacia, en favor de lograr un acuerdo.

En Chile, la noción de participación ciudadana se encuentra en las disposiciones constitucionales: el artículo 1° inciso 5 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 plantea expresamente que "*es deber del Estado [...] asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"*. Además, la Constitución asegura a todas las personas *"la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, [...]"*[7]además de *"el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes [...]"*[8].

Por otra parte, la promulgación de la Ley N° 20.500, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2011, "Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública", complementa el proyecto implementado por el Estado para crear nuevos espacios de comunicación y de intercambio que fortalezcan los mecanismos de participación para que la ciudadanía pueda consultar, conocer e incidir en las políticas, planes, programas y acciones que implemente el Estado.

La participación cumple un rol primordial en lo que compete al medio ambiente. La Constitución reconoce libertades y derechos fundamentales vinculados a este ámbito, enfatizando en su artículo 19 Nº 8 inciso 1, el derecho de la ciudadanía a vivir en un ambiente libre de contaminación. Esta misma norma constitucional establece instrumentos que resguardan este derecho (el recurso o acción de protección del artículo 20) y que ordenan al Estado su protección.

6 Definición de la participación ciudadana propuesta por el Ministerio Secretaría General del Gobierno de Chile.

7 Extracto del artículo 19 inciso 12° de la Constitución de la República de Chile de 1980.

8 Extracto del artículo 19 inciso 14° de la Constitución de la República de Chile de 1980.

Estos derechos garantizados en la Constitución, fomentan el debate en torno al medio ambiente, para que sea de amplia discusión y participación. El derecho ambiental chileno está influenciado por un contexto internacional que avala y acoge la participación ciudadana en materia medio ambiental, conduciendo al Estado a fomentar espacios que permitan una participación activa.

De acuerdo al Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992, *"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".*

El mensaje[9] que precedió a la Ley N° 19.300 sobre las Bases Generales del Medio Ambiente[10] distinguía como principio de *"vital importancia en el tema ambiental"* el principio participativo, *"puesto que para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática".*

Este principio de participación es parte de la Ley N° 19.300 en su artículo 4°, determinando que: *"Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".*

Además de asignar su Párrafo 3° a "la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental", el principio de participación ciudadana se encuentra en la mayoría de los instrumentos de gestión ambiental regulados por la Ley N° 19.300, como es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en lo que concierne a las Declaraciones de Impacto Ambiental, así como a los Estudios de Impacto Ambiental.

9 Mensaje N° 387-324 del 14 de septiembre de 1992.

10 Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial del 9 de marzo de 1994, modificada por la Ley N° 20.417, Diario Oficial del 26 de enero de 2010.

Está presente también en el ámbito de la educación; la investigación y la evaluación ambiental estratégica; en los artículos 31 bis y siguientes relativos al acceso a la información ambiental; en el artículo 76 y siguientes acerca de los consejos consultativos, y en las atribuciones del Servicio de Evaluación Ambiental, entre las que destaca el "*fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos"*[11].

La Ley N° 20.417 publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010, conocida también como Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, introdujo modificaciones sustanciales en el orden orgánico ambiental chileno, rediseñando totalmente la institucionalidad. La creación de un Ministerio del Medio Ambiente acompañado de órganos con roles y prerrogativas especiales vino a fortalecer los mecanismos para la protección del medio ambiente.

En el marco de este cambio institucional, los órganos recién creados tomaron en cuenta la noción de participación ciudadana. La Superintendencia del Medio Ambiente, por ejemplo, implementó a principios de 2012, la creación del primer Consejo de la Sociedad Civil para el periodo 2012-2014, dotado de un rol consultivo y representativo permitiéndole participar en los procesos de consulta de los planes, programas o políticas en materias de seguimiento y fiscalización ambiental que la institución estime pertinente. Estas acciones reflejan la voluntad del poder público de incluir cada vez más a la ciudadanía en la toma de decisiones.

Otra innovación de la Ley N° 20.417 es la ampliación de la participación ciudadana extendiéndola a las Declaraciones de Impacto Ambiental, estableciendo que "*corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y las Declaraciones cuando correspondan"*[12]. El acceso a la información, garantizado por mecanismos previstos por la ley, difiere según se trate de un Estudio o de una Declaración de Impacto Ambiental.

Presentando a su vez la posibilidad de imponerse sobre el contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados a "*cualquier persona, natural o jurídica"*[13].

11 Artículo 81 letra h) de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial del 9 de marzo de 1994, modificada por la Ley N° 20.417, Diario Oficial del 26 de enero de 2010.

12 Artículo 26 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial del 9 de marzo de 1994, modificada por la Ley N° 20.417, Diario Oficial del 20 de enero 2010.

13 Artículo 27 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial del 9 de marzo de 1994, modificada por la Ley N° 20.417, Diario Oficial del 20 de enero de 2010.

En un nuevo Párrafo 3 *bis*, la Ley N° 20.417 introdujo disposiciones sobre el acceso a la información ambiental, en directa referencia a la Ley N° 20.285 del año 2008 sobre la transparencia y el acceso a la información pública, garantizando el libre acceso a la información de carácter ambiental y a quien se considere lesionado en este derecho, el poder de presentar un recurso.

La facultad de denuncia del artículo 21 de la Ley Orgánica de la Superintendencia constituye una extensión a la posibilidad de participación ciudadana, ofreciendo a la ciudadanía la opción de participar en la fiscalización de proyectos y actividades ante un incumplimiento por parte de los instrumentos de gestión ambiental o de las normas ambientales.

Sobre las acciones recién mencionadas que incrementan los espacios para la comunidad en los procesos de elaboración de normas, planes y toma de decisiones, se puede determinar que fomentan el diálogo, la comunicación y el intercambio en los temas ambientales, aportando a la prevención de conflictos. Por otra parte, ante la cantidad de proyectos que se han visto obstaculizados por conflictos socio-ambientales, se puede inferir que la participación ciudadana puede conllevar escenarios conflictivos, a pesar de la voluntad del Legislador por garantizar el acceso a la información y a la participación ciudadana en el proceso de evaluación ambiental.

3. La participación ciudadana como causa del fenómeno de judicialización

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es el escenario donde la participación ciudadana cobra su mayor fuerza. En los términos y para los casos establecidos, la Ley N° 19.300 impide que la Administración del Estado decida al margen de lo observado por las personas que se consideren afectadas por un proyecto o una actividad. El artículo 26 de la Ley N° 19.300 encarga en efecto a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según sea el caso, el establecimiento de los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones, según corresponda.

Sin embargo, la participación ciudadana, aunque prevista por la Ley en el marco de la Evaluación Ambiental de proyectos o actividades, es por esencia un instrumento que abre la discusión, el debate y el compromiso, y por tanto debe ser abordado con especial consideración por el titular del proyecto o de la actividad, por el órgano público y también por la comunidad.

Recientemente, y en varias ocasiones, se ha responsabilizado a la participación ciudadana por la perturbación de proyectos energéticos. Es posible observar que

la "era de los conflictos socio-ambientales" comenzó con el caso de Barrancones, proyecto de construcción de una central termoeléctrica en la caleta de Chungungo, aprobado por la COREMA de Coquimbo por medio de una resolución de calificación ambiental aprobatoria, y luego rechazado. Este caso, ampliamente comentado, sembró la incertidumbre en los actores de la industria energética, cuestionando el valor jurídico de la Resolución de Calificación Ambiental y, de manera general, las fallas en el Sistema de Evaluación Ambiental. El director de la COREMA aseguraba que Barrancones cumplía todas las normas ambientales vigentes a la fecha, mientras que la presión de grupos ambientalistas y la comunidad empoderada aumentaba a lo largo del país, gatillando el involucramiento del Presidente de la República, quien directamente solicitó la reubicación del proyecto. Barrancones se descartó y fue precedido por una serie de conflictos socio-ambientales que han aumentado como respuesta a una diversidad de causas y reivindicaciones.

Punta Alcalde es otro proyecto energético que se ha visto enfrentado a una gama de recursos formulados por la comunidad. Recursos de protección, acción de nulidad y las observaciones durante el proceso de participación ciudadana evidencian el alcance de la ciudadanía organizada[14].

Es el caso del recurso de protección presentado en la Corte de Apelaciones de Santiago por agrupaciones de vecinos y representantes de la sociedad civil de Huasco y Freirina, en conjunto con grupos ambientalistas, sumado a otros cinco recursos de protección ya presentados contra el mismo proyecto. Estas acciones legales invocaban el derecho de igualdad ante la ley y de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantías constitucionales que según los demandantes fueron transgredidas.

Un primer acercamiento sobre el impacto de la participación ciudadana en el desarrollo de proyectos energéticos expondría a los proyectos de mayor envergadura, también llamados "mega-proyectos", como los más afectados; sin embargo, una mirada profunda nos enseña que la participación ciudadana también afecta el desarrollo de proyectos "limpios", como es el caso del Parque Eólico de Chiloé, propiedad de la empresa Ecopower. En efecto, en el curso del año 2012, la Corte Suprema detuvo la construcción de este proyecto apelando a la falta de consulta por parte de la empresa a las comunidades mapuche huilliche de la zona[15]. Un pronunciamiento basado en el Convenio 169 de la OIT, que aclara el derecho a consulta de las comunidades indígenas en el marco de la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental.

---

14 Ficha proyecto: Central Termoeléctrica Punta Alcalde, disponible en: <http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=3582244>

15 "Parque Eólico Chiloé" (2011): Corte Suprema, Rol N° 10.090-2011, sentencia de fecha 22 de marzo de 2012.

Apelando a este mismo convenio internacional, que forma parte de la legislación chilena desde el 15 de septiembre de 2009, la Tercera Sala paralizó las prospecciones mineras de la Compañía Paguanta S.A. en la comuna de Huara, planteando que la empresa y los funcionarios del Sistema de Evaluación Ambiental no respetaron la necesaria consulta a las comunidades indígenas cuyos territorios serían intervenidos[16]. Además, los jueces supremos ordenaron la realización de un Estudio de Impacto Ambiental por sobre una Declaración de Impacto Ambiental.

Según cifras analizadas por el Servicio de Evaluación Ambiental, entre el año 1995 y 2011, 80% de las acciones jurisdiccionales contra las Resoluciones de Calificación Ambiental fueron hechas por intermedio de un recurso de protección y 6% por medio de una acción de nulidad.

Esta multiplicación de los recursos jurisdiccionales revela el resquemor de la sociedad civil frente a los grandes proyectos energéticos, contextualizando el fenómeno surgido de la Tercera Sala de la Corte Suprema, fenómeno que algunos prefieren identificar como "activismo judicial".

Emblemático es el caso de la Central Castilla, paralizada por la misma Sala, en un pronunciamiento sobre los fallos de la Corte de Apelaciones de Antofagasta[17], abriendo la discusión en torno a la intervención de la justicia en temas ambientales. Tras la presentación de recursos de protección formulados por la comunidad en contra de las dos Resoluciones de Calificación Ambiental favorables, obtenidas por los dueños de la central y del puerto asociado, se determinó la paralización de los proyectos, declarándose que *"Se dispone como medida de tutela constitucional que los titulares de los Proyectos Puerto Castilla y Central Termoeléctrica Castilla deben presentar un estudio de impacto ambiental que considere los dos proyectos en forma conjunta y su conexión para la transferencia del carbón y del petróleo Diesel B, en su caso, desde el primero hacia la segunda"*.

Lo anterior trajo dudas en el rubro del derecho. Hasta qué punto un juez de la Corte Suprema estaría dotado de la competencia técnica y el conocimiento suficiente sobre una materia tan específica como el medio ambiente. En tanto, otros defendían el comportamiento de la Corte como respuesta necesaria a las inquietudes de la sociedad civil, a las incertidumbres generadas por la política energética del país, y a una carencia jurídica en materia ambiental.

16 "Sondajes de Prospección Paguanta" (2011): Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° 11.040-2011, sentencia de fecha 30 de marzo de 2012 y Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 472-2011, sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011.

17 "Puerto y Termoeléctrica Castilla" (2012): Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° 1.960-2012, sentencia de fecha 28 de agosto 2012 y Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 173-2011, sentencia de fecha 31 de enero de 2012.

El fenómeno de "politización" potenciado por los medios de comunicación y las redes sociales cada vez más activas como plataformas de denuncia, fortalecieron el auge de los conflictos. Mientras que el proceso de participación ciudadana de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente se localiza en la población directamente afectada, la campaña contraria a los proyectos o actividades puede alcanzar niveles nacionales e internacionales.

Evidente ejemplo de lo anterior es el proyecto Hidroaysén, paralizado desde el año 2008, que motivó manifestaciones por parte de la ciudadanía a lo largo del país, y hasta el involucramiento de la Comisión de Ética de la Corte Suprema, solicitada para analizar un reclamo de un grupo de senadores sobre la inhabilidad de uno de los magistrados que rechazó los recursos de protección presentados contra el proyecto energético.

Si bien la reforma de la Ley N° 19.300 constituyó un avance significativo, las cifras y los constantes artículos de prensa siguiendo la judicialización de los proyectos, especialmente los energéticos, evidencian la presencia de fallas y errores, y una baja capacidad para resolver los conflictos con la comunidad.

Muchas críticas apuntaban a su falta de claridad, de transparencia o de equidad, poniendo en relieve la necesidad de continuar mejorando el proceso de evaluación ambiental, tanto como la participación de la comunidad y las relaciones entre los diferentes actores. El nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vigente desde el 24 de diciembre 2013, demuestra el esfuerzo del Estado para avanzar en esta materia.

4. Nuevo Reglamento para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: ¿Un remedio para la judicialización de los proyectos?

Luego de una revisión profunda, con fecha 12 de agosto de 2013, se publicó el nuevo Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental (RSEIA) en el Diario Oficial, buscando "reducir la judicialización que enfrentan varios proyectos de inversión"[18].

De manera general, este nuevo reglamento actualiza el procedimiento de evaluación de impacto ambiental considerando los cambios legales y reglamentarios producidos en Chile desde el 2001, año de revisión del reglamento anterior. Redefine a su vez la información necesaria para el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por el intermedio de una Declaración o de un Estudio, según sea el caso, buscando tener un proceso de evaluación más eficiente que brinde mayor certeza y transparencia a los actores y a la ciudadanía.

18 Declaración de la Ministra del Medio Ambiente, la señora María Ignacia Benítez.

Establecido para "regir el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Participación de la Comunidad en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental"[19], este nuevo reglamento es el resultado de inéditos procesos de consulta pública implementados por el Servicio de Evaluación Ambiental, a fin de lograr un acuerdo que involucre a todos los sectores de la sociedad civil: privados, consultores, ONG, ciudadanía y Pueblos Originarios.

La intención de los poderes públicos era consolidar los cambios ingresados por la Ley N° 20.417, introduciendo la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, regulando e integrando el proceso de consulta indígena en la evaluación ambiental, considerando las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como fue solicitado por las organizaciones sociales y las instancias representativas de la causa indígena.

Sobre los espacios de participación, el nuevo reglamento va más allá de la consideración de la ciudadanía en las Declaraciones de Impacto Ambiental, dedicando su Título V por completo a su participación en el proceso de evaluación de impacto ambiental. El artículo 82 detalla los elementos que componen la participación ciudadana: primero, el derecho a acceder al expediente de la evaluación; segundo, el derecho de formular observaciones, y en tercer lugar, el derecho a la obtención de una respuesta fundada.

Aclara también el mecanismo de participación, cuya implementación incumbe al Servicio de Evaluación Ambiental. Cuando éste lo solicita, se abre la colaboración con órganos de la administración del Estado, competentes en materia ambiental o de desarrollo comunitario, social o indígena y/o de participación ciudadana. Esta posibilidad de colaborar con organismos especializados en temas sociales, permite generar y difundir información pertinente y transparente, mejorando las relaciones con la comunidad, a la vez que asegura una mejor implementación y resultado en el proceso de participación.

Es importante destacar que está primera fase de participación obligatoria puede ser completada, cuando el Servicio de Evaluación Ambiental lo estime, por una segunda fase de actividades que involucran a la empresa titular del proyecto; sin embargo, la fase anterior, que brinda un espacio de interacción entre la empresa y la comunidad, no es una condición obligatoria en todos los casos.

El nuevo reglamento presenta un avance considerable en favor de la participación ciudadana, entregando definiciones que aportan a la comprensión del proceso de evaluación de impacto ambiental. De manera general, el nuevo reglamento incrementa las exigencias para ingresar en el Sistema, así como la

19 Título I, Artículo 1° del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

cantidad de proyectos y actividades que deben hacerlo, fijando un nivel relativo para la información entregada y el contenido de los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, con la finalidad de contar con Estudios y Declaraciones que ostenten una mayor solidez.

En la incorporación de mayores estándares se benefician todos los actores. A los empresarios se les obliga a ser más exigentes con el estudio interno de sus proyectos, fortaleciendo la seguridad de sus inversiones; la ciudadanía es beneficiada con acceso a una información de calidad y un proceso de evaluación de mayor transparencia; y el Estado, con un mejor conocimiento de cada proyecto y actividad a desarrollarse en el país, es potenciado en su rol fiscalizador.

La finalidad de este reglamento es que se convierta en una herramienta práctica tanto para los desarrolladores de proyectos y actividades vinculados al medio ambiente, como para la ciudadanía, enfrentada a un proceso de evaluación ambiental más confiable.

En relación a la consulta indígena, el nuevo RSEIA le otorga un espacio importante, rebatiendo las múltiples críticas efectuadas por organismos de defensa de los derechos de los pueblos indígenas, así como el incremento en los recursos de protección por el incumplimiento del Convenio 169 de la OIT.

Este Convenio internacional, que entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009, tras casi 18 años de tramitación en el Congreso, permanece sujeto a controversia y debate. Su finalidad es permitir que cada Estado desarrolle una política pública que considere las nociones de multiculturalidad e inclusión, respetando y preservando el modo de vida y las tradiciones de sus pueblos indígenas. En sus artículos 6° y 7°, establece los mecanismos de participación para los pueblos indígenas en materia de decisiones públicas, prerrogativa de participación que se compone de tres ejes: el derecho a la participación, el derecho a la consulta y el consentimiento previo.

Ampliamente criticado por la falta de inclusión de los pueblos indígenas en el proceso de evaluación de proyectos y actividades en Chile, este nuevo RSEIA pretende llenar en la normativa ambiental los vacíos que se desprenden del Convenio 169 de la OIT.

El Servicio de Evaluación Ambiental solicitó la asesoría del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) para la redacción del nuevo reglamento, y en su Minuta del 13 de mayo de 2013[20], el INDH aclaró que la cuestión de la participación ciudadana no debería reducirse a un reglamento, sino que debiera ser objeto de una

20 Instituto Nacional de derechos Humanos, Minuta del 13 de mayo de 2013, sesión extraordinaria, disponible en: < http://www.politicaspublicas.net/panel/docs/indh-informe-consulta-y-reglamento-seia.pdf>

ley, discutida y debatida por el legislador. En segundo lugar, el INDH declaró que el nuevo RSEIA no cumplía con los estándares del Convenio 169 de la OIT, pues no recogía las diferencias entre participación ciudadana general y consulta indígena. En respuesta, el Servicio de Evaluación Ambiental declaró aceptar las observaciones recogidas durante la consulta, pero que el texto del nuevo RSEIA cumplía, según él, con la consulta indígena en conformidad con el Convenio 169 de la OIT.

Una primera referencia explícita a este Convenio de la OIT se encuentra en el artículo 2° del nuevo reglamento, que define "pueblos indígenas" basándose en la norma internacional y en la Ley indígena[21].

En el nuevo reglamento se hayan los tres pilares de la participación establecidos por el Convenio internacional: derecho a participación, consulta, y consentimiento previo. Asimismo, el nuevo RSEIA establece una distinción clara entre los términos "comunidad" y "pueblos indígenas", acordando a la última categoría un régimen específico. En el artículo 85, se regula la consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT, indicando que la forma y los objetivos de la consulta son diferentes. En efecto, el nuevo reglamento obliga al Servicio de Evaluación Ambiental a diseñar y desarrollar un proceso de consulta indígena de buena fe que además de informar, aporte en la construcción de acuerdos y consentimientos.

Sobre el plazo del proceso de participación, la ley y el nuevo reglamento establecen 60 días, ampliables en 30 días adicionales para la implementación de la participación ciudadana; la consulta indígena, en cambio, debe ser aplicada en forma permanente durante el proceso de evaluación ambiental por medio de las instituciones representativas.

Finalmente, ante las acusaciones que planteaban que el nuevo RSEIA restringe las medidas y las materias a consultar al limitar la susceptibilidad de afectación directa a ciertas hipótesis, el Servicio de Evaluación Ambiental defendió el nuevo reglamento, explicando que en éste se establece un sistema por medio del cual cada proyecto o actividad que afecte a un pueblo indígena debe ser consultado, como se dice en los artículos 7°, 8° y 10 de dicho texto. Éste aclara que todas las hipótesis de impacto significativo que consideren la posibilidad de afectar directamente a los pueblos indígenas obligan al titular a declarar la potencial afectación, adaptando su estudio y aceptando la apertura de un proceso de consulta.

A pesar de las críticas formuladas en su contra, estos mecanismos hacen del nuevo reglamento un documento más confiable para la comunidad en general y los pueblos indígenas en particular, constituyendo un avance importante para la participación ciudadana y la consulta indígena.

21 Ley N° 19.253 del 5 de octubre de 1993, que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas. y modificada por la Ley 20.733 del 25 de marzo de 2014.

5. Conclusiones

La perspectiva de que el nuevo reglamento entrega herramientas que aumentan la confianza, la seguridad jurídica y la transparencia en la evaluación ambiental, aportando a la disminución del fenómeno de judicialización de los proyectos, será comprobada o refutada por la experiencia que arroje su aplicación.

Sin embargo, un año después de su entrada en vigencia, es todavía difícil sacar conclusiones de una correlación entre el nuevo reglamento y dicho fenómeno de judicialización. Si con estas normas se trató dar una solución a la principal causa de judicialización, es decir, establecer reglas más claras sobre las modalidades y el momento para consultar a la comunidad y las comunidades indígenas, no fue suficiente para garantizar un futuro sin nuevos proyectos paralizados, ya que la interpretación y la aplicación de dichas normas pueden abrir espacio a controversias y a recursos nuevos.

Por otra parte, más allá del instrumento que regule la participación de la comunidad, lo más relevante para evitar la judicialización será la relación que se construye entre el titular del proyecto y las comunidades que lo rodean. En efecto, la participación debiera ser entendida como una herramienta práctica, cuyo rango de acción trasciende lo previsto por la ley. Aunque existen partes que apuntan a la participación ciudadana como una fuente de conflicto que obstaculiza los proyectos, también se le puede entender como un mecanismo, que aplicado de manera amplia y transparente, puede servir a los intereses tanto del empresariado como de la comunidad.

La etapa en que los proyectos se ven obstaculizados y hasta detenidos es cuando ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y el proceso obligatorio de participación se pone en marcha. Para entonces, las empresas ya han invertido considerables sumas y se ven enfrentadas a plazos y costos no contemplados que pueden cuestionar la viabilidad de sus proyectos. Esto es dado en gran medida porque la participación ciudadana se está aplicando hasta donde lo obliga la ley, reduciendo su potencial como herramienta de consenso. Este escenario motiva a considerar un acercamiento preventivo sobre la participación, para ser aplicada desde las fases más tempranas del proyecto, incluso desde su concepción y diseño, como un medio para anticipar los conflictos y lograr construir una relación cercana, transparente y perdurable con la comunidad involucrada.

El Gobierno actual, a través de su Ministerio de Energía consideró este punto. Por esa razón, se encuentra preparando un Proyecto de Ley de Asociatividad, el cual pretende regular las relaciones entre empresas generadoras de energía y la comunidad incluyendo distintos mecanismos basados en el concepto de valor compartido. Según el Ministro Pacheco, esa iniciativa tiene por objetivo permitir

que las empresas se asocien de manera transparente con las comunidades, con el fin de viabilizar a largo plazo la construcción de proyectos de generación.

Otras alternativas podrían ser complementarias a dicho reglamento, algunas que conciernen directamente al Estado, como fortalecer la educación de la población en materia ambiental, trabajar en el ordenamiento territorial para definir zonas habilitadas para el desarrollo de proyectos industriales (como fue presentado para las centrales termoeléctricas), y avanzar en la temática de compensación para las comunidades y en el establecimiento de una política energética sólida que perdure en el tiempo.

Para concluir, rescatando modelos extranjeros, una manera de resolver los conflictos socio-ambientales podrían ser los procesos de resolución alternativos como la mediación. De la misma manera en que se puede recurrir a un mediador en materia civil[22], o a un árbitro en derecho internacional, se podría crear una institución especializada en conflictos socio-ambientales que actúe como mediador válido entre las partes. Igualmente se puede considerar esta problemática como una oportunidad para actores privados de desarrollar servicios de asesoría especializada, fundaciones o empresas enfocadas al fortalecimiento del vínculo con la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Betancur Campos, Omar (2007): "La participación ciudadana en el sistema de evaluación ambiental chileno: casos sobre rellenos sanitarios", Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales.

"Derecho ambiental y desarrollo sostenible, acceso a la justicia ambiental en América Latina", discurso memoria (2000), SEMARNAP, PNUMA.

Espinoza, Guillermo (2002): "Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental", informe del Banco Interamericano de Desarrollo y Centro de Estudio para Desarrollo.

Guzmán Rosen, Rodrigo (2012): *"Derecho ambiental chilen*o" (edición Planeta Sostenible).

Martínez-Conde González, Leonor (2009): "El sistema de evaluación ambiental como instrumento de gestión eficaz para la conservación de los sitios prioritarios para la diversidad biológica", Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos.

Montt Oyarzún, Santiago y Matta Aylwin, Manuel (2011): *"*Una visión panorámica

22 Sistema Nacional de Mediación, disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/portal/>.

al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", Estudio N° 121.

Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, disponible en: <http://www.olca.cl/oca/index.htm>

Sebatini D., Francisco (2000): "*Participación ciudadana para enfrentar los conflictos ambientales: desafío para el sistema de evaluación ambiental"*, (edición CIPMA).

Servicio de Evaluación Ambiental, disponible en: <http://www.sea.gob.cl/>

Sistema Nacional de Mediación, disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/portal/>

Superintendencia del Medio Ambiente, disponible en: <http://www.sma.gob.cl/>

JURISPRUDENCIA CITADA

"Parque Eólico Chiloé" (2011): Corte Suprema, Rol 10.090-2011, sentencia de fecha 22 de marzo de 2012.

"Puerto y Termoeléctrica Castilla" (2012): Corte Suprema, Tercera Sala, Rol 1.960-2012, sentencia de fecha 28 de agosto 2012 y Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 173-2011, sentencia de fecha 31 de enero de 2012.

"Sondajes de Prospección Paguanta" (2011): Corte Suprema, Tercera Sala, Rol 11.040-2011, sentencia de fecha 30 de marzo de 2012 y Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 472-2011, sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011.

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, publicada en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

Declaración de Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992.

Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994, modificada por la Ley N° 20.417 (conocida también

como Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente), publicada en el Diario Oficial del 26 de enero de 2010.

Ley N° 20.285 sobre la transparencia y el acceso a la información pública, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008.

Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero del 2011.

DESARROLLO DE PROYECTOS DE INVERSIÓN EN PARQUES NACIONALES. ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Guillermo García Moscoso[1]

1. Introducción

Uno de los aspectos de discusión más complejos que se ha dado a propósito del desarrollo de proyectos de inversión en Chile[2] es, sin lugar a dudas, la posibilidad que estos afecten "*áreas protegidas*"[3] y, en especial, aquellas áreas denominadas tradicionalmente "*parques nacionales*"[4].

En este punto, más allá de las naturales pasiones que la materia puede despertar, es relevante señalar desde un comienzo un hecho determinante en la discusión: la normativa chilena en la materia no es clara y efectivamente cabe la interpretación de distintas posibilidades referidas a la aceptación (o no) de proyectos de inversión que puedan afectar aquellos territorios denominados "*parques nacionales*".

El presente artículo se desarrollará en tres apartados principales, a saber: (i) uno referido al concepto de parque nacional en la normativa nacional, (ii) otro referido al tratamiento que ha dado la Corte Suprema en la materia y, finalmente, (iii) un apartado conclusivo en el cual se plantea nuestra posición en la materia, que desde ya señalamos tiende a aceptar la posibilidad de intervención.

---

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile. LL.M University College London.

2 Por "proyectos de inversión", en este trabajo nos referiremos a aquellas actividades productivas que necesariamente deben o hayan sido sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de conformidad a lo establecido en los artículos 8 y 10 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

3 Respecto a la posibilidad de intervenir áreas protegidas, es destacable el artículo del profesor Eduardo Correa Martínez publicado en las "Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, denominado "Ejecución de proyectos en áreas protegidas: ¿Cuánta protección y cuánto desarrollo?".

4 En una posición contraria a la sostenida en el presente trabajo, pero altamente ilustrativa y útil para el estudio de la materia, encontramos el trabajo del profesor Ezio Costa Cordella publicado en las "Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, denominado "Regulación de los Parques Nacionales en Chile".

2. El concepto de "Parque Nacional" en la normativa chilena

2.1. Antecedentes normativos

El primer parque nacional instituido en Chile corresponde al Parque Nacional Benjamín Vicuña Mackenna, el que fuera desafectado 4 años más tarde. Este primer parque nacional se constituyó de conformidad a la también primera Ley de Bosques, que data del año 1925[5].

Así, y sin perjuicio de que no es el único concepto de parque nacional que encontraremos en nuestra legislación, el primer cuerpo normativo en que se encuentra definido el concepto objeto de estudio corresponde a la Ley de Bosques, que en su versión definitiva consagrada mediante el Decreto N° 4.363 del año 1931, establece en su artículo 10 lo siguiente:

> "*Art. 10. Con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y parques nacionales de turismo en los terrenos fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación. La expropiación se hará en la forma indicada en el artículo 8° de esta Ley".*

Como un primer comentario, cabe señalar que esta norma, como cualquier otra, es una hija de su tiempo y, por ello, observamos que es una figura de protección contra una explotación maderera indiscriminada y respecto a la protección del medio ambiente, su ámbito más amplio es referido al paisaje (como lo fueron todas las primeras normas de protección ambiental) y, en un plano secundario pero de manera no poco llamativa, dada la antigüedad de la norma, se refiere a la biodiversidad (garantizar la vida de determinadas especies arbóreas).

Como segundo comentario, y también dado el tenor de la norma y su contexto histórico, cabe señalar que la figura de "*parques nacionales de turismo*" no establece una prohibición de carácter general de desarrollo de actividades productivas en su interior (por el contrario, cuando habla de "regular" se puede inferir que son expresamente permitidas) pero sí, las actividades planteadas deberán tener determinados límites: (i) garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y (ii) conservar la belleza del paisaje.

5 "*Las áreas protegidas en Chile. Antecedentes, institucionalidad, Estadísticas y desafíos*". División de Recursos Naturales Renovables y Biodiversidad, Ministerio del Medio Ambiente. mayo 2011, pág. 2. Recurso electrónico disponible en: <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-50613_pdf.pdf>

La Ley de Bosques fue la única normativa en contener la figura de parque nacional de turismo hasta que, con fecha 10 de octubre de 1967, el Congreso Nacional ratificó la "*Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América*", tradicionalmente conocida como la "*Convención de Washington*"[6].

La Convención de Washington, originalmente suscrita en el año 1940, fue integrada a la normativa nacional mediante Decreto N° 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores y, para los efectos de interés del objeto de estudio del presente trabajo, señala en sus artículos 1° y 3° lo siguiente:

> *"ARTICULO I.*
>
> *Definición de los términos y expresiones empleados en esta Convención.*
>
> *1.- Se entenderá por PARQUES NACIONALES:*
>
> *Las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial".*
>
> *"ARTICULO III.*
>
> *Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales".*

Tal como se desprende la lectura de las norma precitadas, la Convención de Washington no sólo define qué se entenderá por parques nacionales, sino también establece dos limitaciones a aquellas zonas declaradas como tal: (i) que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos, sino por acción de la autoridad legislativa competente, y (ii) que las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.

De la aplicación de la Convención de Washington, se comentará más adelante, en especial referido a la aplicación práctica que le ha dado la Corte Suprema.

Finalmente, y a modo solamente ejemplar, por cuanto jamás se tradujo efectivamente en una norma vigente, encontramos la Ley N° 18.362 que

6 Ibídem.

crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, conocida tradicionalmente como la "Ley SNASPE".

La Ley SNASPE, en síntesis, creaba y regulaba un sistema de áreas protegidas, entregándole la administración de ellas a una Corporación Nacional Forestal de carácter público[7]. Lamentablemente, la mencionada norma nunca entró en vigencia por cuanto su artículo 39 señalaba que: "*La presente ley regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la ley N° 18.348, mediante la cual se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables*", lo que nunca ocurrió hasta la fecha.

Con todo, la Ley SNASPE es tradicionalmente citada e incluso, muchas veces utilizada, por distintos servicios públicos a fin de justificar criterios de intervención o utilización de conceptos.

A modo de ejemplo, transcribimos en este artículo un pronunciamiento de la Corporación Nacional Forestal ("CONAF"), en el marco de la evaluación de un proyecto agropecuario sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"):

> *"En atención a lo solicitado en el Oficio Ordinario del Antecedente, se informa que se revisó la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "CENTRO DE CULTIVO DE SALMÓNIDEOS SECTOR NORTE DE ISLA OWEN Nº 3, XII REGIÓN N° PERT. 207122064.", presentado por la Señora Brenda Vera Soto, en representación de ACUIMAG S.A. De la revisión del documento citado anteriormente, este órgano de administración del Estado se pronuncia inconforme sobre la Declaración de Impacto Ambiental, por las siguientes razones:*
>
> *Con respecto a la inconformidad, esta implica el rechazo de la Declaración de Impacto ambiental presentada por el Titular Acuimag S.A., debido a los siguientes fundamentos:*
>
> 1. *La Corporación Nacional Forestal, dentro de sus múltiples funciones tiene la administración y protección de las Áreas Silvestres Protegidas del Estado, en virtud de lo dispuesto en el D.S. Nº 4.363 del Ministerio de Tierras y Colonización, de 1931, contenido en el D.L. Nº 656 de 1925, denominado Ley de Bosque, que en su artículo 10 entrega a CONAF la facultad para celebrar toda clase de actos que digan relación con Los Parques Nacionales y Reservas Forestales. A su vez el artículo 11 del mismo Decreto Supremo señala que los parques nacionales establecidos de acuerdo a esta ley no podrán ser destinados a otro objeto sin que así lo autorice una Ley especial.*
>
> 2. *La Ley N° 18.362, de 1984, crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), en donde fija sus categorías y prohibiciones. Señalando en su artículo 5° los objetivos de manejo de un Parque Nacional, los cuales son: La preservación de muestras ambientales naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación. Definiendo el concepto de preservación en el artículo 2° de esta misma ley, como "La mantención de la condición original de los recursos naturales de un área silvestre, reduciendo la intervención humana a un nivel mínimo"*[8].

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque como se señaló la Ley SNASPE nunca entró en vigencia por más que su utilización ilegal sea una práctica más recurrente de lo deseado, esta norma sí sirve para comprender mejor la regulación de las áreas silvestres protegidas y, en particular, el espíritu del legislador y su intención de conciliar las distintas figuras de protección existentes en la normativa chilena.

Así, respecto a los parques nacionales, es relevante transcribir las normas establecidas en los artículos 5° y 33 de la misma:

> *"Artículo 5°.- Denomínase Parque Nacional un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo.*
>
> *Los objetivos de esta categoría de manejo son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos*

7 Cabe recordar en este punto que la Corporación Nacional Forestal, conocida como CONAF, es una persona jurídica de derecho privado a la cual, por razones históricas, se la han entregado el ejercicio de funciones públicas tales como la administración de áreas protegidas y el fomento de la actividad forestal.

8 ORD. Nº 26-EA/2012, de fecha 30 de marzo de 2012, de la Dirección Regional de Magallanes de la Corporación Nacional Forestal, emitido en el marco de la evaluación ambiental del proyecto "CENTRO DE CULTIVO DE SALMÓNIDEOS SECTOR NORTE DE ISLA OWEN Nº 3, XII REGIÓN N° PERT. 207122064". Recurso electrónico disponible en <http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=6759992>

asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación".

"Artículo 33.- Los actuales Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales integrarán, para todos los efectos legales, el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, conservando su calidad de tales. También integrarán dicho Sistema los Parques Nacionales de Turismo, las Reservas de Bosques y las Reservas Forestales existentes a la fecha de vigencia de esta ley, pasando los primeros a denominarse Parques Nacionales, y las dos últimas, Reservas Nacionales".

Como se desprende de la lectura de los artículos transcritos, la Ley SNASPE contemplaba una definición de parque nacional (distinta a la de "parque nacional de turismo" de la Ley de Bosques y también diferente a la de "parque nacional" de la Convención de Washington) y, podríamos decir, planteaba una figura de protección intermedia a la consagrada por los dos cuerpos normativos precitados (Ley de Bosques y Convención de Washington) al señalar actividades que, en la medida que sea compatibles con los fines de protección, podrían desarrollarse al interior de las mismas.

Otro comentario relevante es que, de manera apropiada a nuestro entender, la Ley SNASPE reconocía que las figuras de protección denominadas "parques nacionales de turismo" y "parques nacionales", en efecto, eran figuras de carácter diferente, con ámbitos de protección también distintos y, por lo mismo, el artículo 33 reorganizaba y unificaba conceptos, identificando unos conceptos a otros. Sólo se puede unificar e identificar conceptos que en un comienzo eran distintos.

2.2. Interpretación de la Contraloría General de la República

Como se ha visto de la exposición de la normativa chilena, el concepto mismo de parque nacional no es unívoco y, por el contrario, existen conceptos y alcances diferentes en cada una de ellas.

Por lo señalado, la Contraloría General de la República ("CGR") se ha pronunciado tratando de dilucidar la compleja situación normativa y, con ello, permitiendo la aplicación práctica de los preceptos ya comentados.

En tal sentido, particularmente ilustrador es el Dictamen N° 56.465 de fecha 28 de noviembre de 2008, el que sienta las bases de lo que entiende la CGR por

áreas protegidas y sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado.

Así, el mencionado dictamen es de particular interés por dos motivos principales:

a) Reconoce el hecho que los parques nacionales de turismo y parques nacionales son figuras de protección de distinto orden; y

b) Establece que no existe una prohibición de carácter general respecto a las áreas protegidas de no intervención en ellas, siempre y cuando no exista pugna con el objeto para el cual fue creada el área determinada. Sobre este punto trataremos al analizar finalmente el apartado de revisión jurisprudencial sobre el tema objeto de estudio del presente artículo.

Respecto a lo mencionado en la letra a) precedentemente expuesto, el Dictamen N° 7.932 de fecha 8 de febrero de 2011, que ratifica lo expuesto en el N° 56.465 expone claramente qué entiende el órgano contralor por áreas protegidas al señalar:

"Al respecto, es dable señalar en primer término, que, tal como lo manifestó este Ente de Control en su dictamen N° 56.465, de 2008, el ordenamiento jurídico contempla diversas categorías de protección de riquezas naturales ubicadas en el territorio nacional. Así, vgr., se distinguen las reservas forestales, los parques nacionales, los parques nacionales de turismo, las reservas nacionales, los monumentos naturales, todas ellas, categorías que difieren entre sí, en cuanto a su naturaleza y regulación".

Así las cosas, tal como la CGR ha entendido la normativa referida a áreas protegidas y, en particular, aquella referida a parques nacionales, habría que estar a considerar los parques nacionales y los parques nacionales de turismo como figuras distintas y, en segundo lugar, para atender a la posibilidad de desarrollar proyectos de inversión en áreas protegidas habría que estar a los fines para los cuales fue constituida el área y cómo se relacionan ellos con el proyecto en cuestión.

3. Jurisprudencia relevante

Para proceder al análisis jurisprudencial, se revisará, en primer lugar, un fallo referido al recurso de protección presentado contra la Resolución de Calificación Ambiental que aprobó el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Aysén (HidroAysén).

En síntesis, este fallo que permite la afectación de una parte mínima del Parque Nacional de Turismo Laguna San Rafael, acoge el raciocinio planteado por la CGR referido a la compatibilidad del objeto de protección con el proyecto en particular y, con ello, confirma un criterio que la Corte Suprema había adoptado desde la resolución del fallo denominado Palmar-Correntoso[9].

En segundo lugar, se analizará un reciente fallo referido al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas al interior de un parque nacional, en el cual se cambia el criterio que ya era tradicional en la Corte Suprema en la materia y, en razón del área protegida, se cuestiona la intervención.

3.1. HidroAysén

Se transcribe, en lo pertinente, los considerandos más relevantes del fallo en la materia, para proceder, en el apartado conclusivo, a desarrollar los aspectos más relevantes de los mismos en consideración, también, a lo precedentemente expuesto.

> *"Undécimo: Que la ejecución de un proyecto como el que se pretende en un parque nacional no se encuentra prohibida por la ley. En efecto, la interpretación que debe darse al artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300 no consiste en exigir la existencia de una ley específica que autorice la ejecución de una central hidroeléctrica en un parque nacional, sino en considerar que lo que busca la norma es que la actividad que se va a desarrollar sea lícita y no contravenga el ordenamiento jurídico, pero en atención a que se desarrollará en un parque nacional u otra área colocada bajo protección oficial debe someterse a un estudio de impacto ambiental, tal como ha ocurrido en autos. En consecuencia, cuando la norma estipula "... en los casos en que la legislación respectiva lo permita", ha de entenderse referida a que la actividad esté permitida por la ley.*
>
> *Duodécimo: Que en cuanto a la circunstancia que se permita la afectación de un sector del parque y que como medida de compensación se agreguen 100 hectáreas de superficie colindantes a los actuales límites del Parque Nacional Laguna San Rafael, lo que involucra alterar los límites del área sin que exista una ley para ello como lo dispone la Convención de Washington, cabe precisar que la Constitución Política de la República consagra en su artículo 60 las materias que son objeto de ley, dentro de las cuales no se contemplan los límites de los parques nacionales, de modo que no existe impedimento para que su modificación se haga a través de un instrumento distinto al de una ley.*
>
> *Décimo tercero: Que en lo que se refiere a los otros reproches formulados al respecto, cabe considerar que la zona de afectación corresponde a 18 hectáreas del parque en que no hay presencia de especies arbóreas o arbustivas bajo categoría de protección, y que tampoco se afectan valores relevantes de flora y de fauna, geomorfológicos o paisajísticos, según informó CONAF a través de su oficio ordinario N° 344, de fecha 15 de noviembre de 2010. Lo anterior permite concluir que no puede aseverarse la utilización de recursos del parque con fines comerciales, pues éstos no se encuentran presentes en el área. Dicho organismo sostuvo también que la inundación no atenta contra el espíritu de la Convención de Washington, ya que no afecta paisajes de incomparable belleza, formaciones geológicas extraordinarias u objetos naturales de interés científico o histórico, ni causaría la extinción de las especies que ocupan la superficie a inundar. Estos argumentos fueron tomados en consideración por la Comisión al momento de ponderar las observaciones efectuadas sobre este punto, según consta a fojas 910 de la Resolución cuestionada, de modo que no se advierte arbitrariedad o ilegalidad en la decisión de permitir la afectación del Parque Nacional Laguna San Rafael, a lo que debe sumarse la circunstancia que según informan los titulares del proyecto la zona de ocupación corresponde a laderas escarpadas en el margen sur de los límites del mismo, ubicada en el sector opuesto al ventisquero San Rafael y que representa una superficie no superior al 0,001% del área total, recibiendo en compensación 100 hectáreas de superficie colindantes".*

9 Cisternas con Comisión Regional de Medio Ambiente de Los Lagos - Recurso de Protección - Rol 6397-2008. Recurso electrónico disponible en: <http://www.colegioabogados.cl/cgibin/procesa.pl?plantilla=/cont_listado.html&idcat=477&nseccion=Comisiones%20%3A%20Medio%20Ambiente%20%3A%20Medio%20Ambiente>

3.2. Derechos de aguas en parques nacionales

Al igual que en el caso HidroAysén, se transcribe, en lo pertinente, los considerandos más relevantes del fallo en la materia, para proceder, en el apartado conclusivo, a desarrollar los aspectos más relevantes de los mismos en consideración, también, a lo precedentemente expuesto.

Cabe señalar en este punto, que el fallo de la Corte Suprema que se transcribe a continuación es uno (Rol N° 7.424-2010) de doce[10] que, bajo raciocinios idénticos,

10 Causas Rol N°s 7.423-2010; 7.424-2010; 7.425-2010; 7.426-2010; 7.427-2010: 7.428-

se pronuncia sobre un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que acogió un recurso de reclamación de la CONAF en contra de una resolución de la Dirección General de Aguas que otorgaba derechos de aprovechamiento de aguas al interior de áreas protegidas como parques nacionales.

> *"Noveno: Que en cuanto al marco jurídico y fáctico que sostiene la sentencia cuestionada, ésta se afirma, básicamente en la Convención para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, denominada "Convención de Washington", promulgada mediante decreto supremo Nº 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el diario Oficial el 4 de octubre de 1967, que es ley de la República, que en su artículo III establece que: "Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ello sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en parques nacionales no se explotarán con fines comerciales"; se relaciona con el artículo 19 Nº 8 de la Carta Fundamental que asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación, siendo deber del estado velar porque este derecho no sea afectado, y sin desconocer que la D.G.A. tiene la facultad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, como bienes nacionales de uso público, cuando esas prerrogativas se refieren a áreas silvestres protegidas, administradas por CONAF, deben ejercerse en armonía con la Constitución, otras leyes nacionales y tratados internacionales suscritos por nuestro país, en lo que dice relación con el medio ambiente, protección de la naturaleza y preservación de la fauna y flora silvestre, lo que no aconteció en el presente caso, agregando que no cabe duda que la Sociedad Inversiones El Caudal Limitada los solicitó con fines comerciales, específicamente para la generación de electricidad, esto es, con fines de lucro, pretendiendo captar aguas desde un punto, para restituirlas en otro, lo que implica que necesariamente el Parque Nacional resultará gravado con una servidumbre de acueducto, lo que resulta incompatible con la Convención ya citada, y que vulnera la autoridad administrativa, lo que impide conceder los derechos de aprovechamiento solicitados, constituyendo hechos asentados en la causa, por así haberlo establecido los jueces del grado, los que contrastados con la legislación aplicable, impedían el otorgamiento de los derechos de aprovechamientos cuestionados por la reclamante CONAF".*

2010; 7.429-2010; 7.430-2010; 7.431-2010; 7.432-2010; 7.433-2010; y 7.435-2010.

4. Conclusiones

Tal como se ha presentado hasta el momento en el presente artículo, a fin de realizar un análisis del tratamiento de los parques nacionales (de turismo) en la legislación nacional, podemos tomar como datos dados los siguientes hechos:

a) Las categorías de protección "parque nacional de turismo" y "parque nacional" son categorías distintas; y

b) Cada categoría de protección tiene un tratamiento y objeto distintos dado por la legislación propia de cada una de ellas.

Ahora, ¿se puede intervenir cada una de estas categorías de protección?

La respuesta variará, por tanto, dependiendo de qué categoría estemos hablando.

Cabe señalar que en nuestra opinión, sobre los "parques nacionales de turismo" no existe ninguna prohibición de carácter general de desarrollo de actividades y sólo deberá estarse a que ellas no vulneren el objeto de protección, que viene dado por la misma Ley de Bosques, y el decreto constitutivo de la misma.

Ahora, respecto a los "parques nacionales", ¿existe una prohibición de carácter general de intervención?

En nuestra opinión, no.

Lo anterior, por lo siguiente:

a) Tal como señaló acertadamente el fallo de Hidroaysén, la normativa nacional presupone la posibilidad de intervenciones en parques nacionales. Así, por ejemplo, el artículo 10 letra p) de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al definir qué proyectos deben ser sometidos al SEIA, entre ellos menciona la: "Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita".

b) La Convención de Washington tiene un ámbito de protección acotado: se refiere a la "protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales". Por ello, es relevante cuando la sentencia de HidroAysén señala que el proyecto "no afecta paisajes de incomparable belleza, formaciones

geológicas extraordinarias u objetos naturales de interés científico o histórico, ni causaría la extinción de las especies que ocupan la superficie a inundar".

c) En tal sentido, y tal como ha señalado acertadamente la CGR, se desarrollan actividades lícitas cuando no existe pugna con el objeto para el cual fue creada el área determinada.

d) En tercer lugar, no se puede hablar de una prohibición de carácter general cuando la misma Convención de Washington, en su texto, señala "Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales." A contrario sensu, hay intervenciones permitidas incluso aplicando el texto expreso de la Convención

e) Finalmente, y aunque no son argumentos estrictamente legales, cabe señalarlos también:

> 1) No puede ser desconocido el hecho que la Convención de Washington, como herramienta de protección, ha caído en el desuso por su antigüedad y ámbito de protección.
>
> En este punto, no es menor que la misma autoridad ambiental haya señalado expresamente que: *"Actualmente, esta Convención ha perdido vigencia práctica, debido a los cambios que las herramientas de conservación han tenido durante las últimas décadas y al nacimiento de nuevos acuerdos internacionales medioambientales"*[11].
>
> 2) En segundo lugar, tampoco puede ser desconocido que los criterios de conservación y protección han cambiado. Chile ha protegido equívocamente, por cuanto ha dado categorías de protección a espacios que sí se encuentran representados en otras partes del mundo y, por el contrario, en aquellos sectores de alto endemismo, ha protegido poco[12].

Finalmente, y aunque no conozcamos su texto final y, en la práctica, estemos muy lejos de una versión definitiva, cabe señalar que actualmente se encuentra en

11 "*Las áreas protegidas en Chile. Antecedentes, institucionalidad, Estadísticas y desafíos*". División de Recursos Naturales Renovables y Biodiversidad, Ministerio del Medio Ambiente. Mayo 2011, pág. 2. Recurso electrónico disponible en: <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-50613_pdf.pdf>

12 Interesante en este punto, resulta el análisis realizado por el periódico electrónico "El Mostrador". Recurso electrónico disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/02/21/la-proteccion-de-la-biodiversidad-en-chile/>

discusión parlamentaria un proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas (llevándose actualmente su tramitación en el Boletín N° 9.404-12), conocido como proyecto de ley SBAP.

En la materia, el proyecto de ley define en su artículo 16° lo que se entiende por parque nacional como "*un área, generalmente extensa, en la que existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, y en que la biodiversidad o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo"* y, en su artículo 22, reafirma la idea de permitir actividades cuando estas no pugnen con el objeto de protección, al señalar: *"Todo proyecto o actividad que, conforme a la legislación respectiva, se pretenda desarrollar dentro de los límites de un área protegida, deberá respetar el objeto de protección de ésta y ser compatible con su plan de manejo"*.

En este punto, y como comentario general, el proyecto no zanja de manera definitiva la intervención de áreas protegidas y, en tal sentido, sigue dejando abierta la puerta para que estas diferencias sigan siendo resueltas en los tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Correa, E. "Ejecución de proyectos en áreas protegidas ¿Cuánta protección? ¿Cuánto desarrollo?" Desarrollo sustentable: Gobernanza y Derecho (Santiago, 2008).

Costa, E. "Regulación de los Parques Nacionales de Chile". Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental (Santiago, 2012).

"La protección de la Biodiversidad en Chile" (2012) El Mostrador, <http://www.elmostrador.cl/pais/2012/02/21/la-proteccion-de-la-biodiversidad-en-chile/> Consultado con fecha 5 de febrero de 2015.

"Las áreas protegidas en Chile. Antecedentes, institucionalidad, Estadísticas y desafíos" (2011). División de Recursos Naturales Renovables y Biodiversidad, Ministerio del Medio Ambiente, <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-50613_pdf.pdf> Consultado con fecha 5 de febrero de 2015.

NORMAS CITADAS

ORD. N° 26 EA/2012, de fecha 30 de marzo de 2012, de la Dirección Regional de Magallanes de la Corporación Nacional Forestal, <http://seia.sea.gob.cl/documentos/documento.php?idDocumento=675992>

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 6.397-2008

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.423-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.424-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.425-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.426-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.427-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.428-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N°7.429-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.430-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.431-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.432-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.433-2010

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.435-2010

DIFUSAS Y LIMITADAS COMPETENCIASDE LAS MUNICIPALIDADES EN EL ÁREA MEDIOAMBIENTAL

Jessica Cayupi Llancaleo[1]

1. Introducción

El presente ensayo se centra en uno de los variados ámbitos del quehacer municipal, esto es, su gestión ambiental, y su propósito es demostrar que las nuevas competencias ambientales entregadas a las municipalidades, con la reforma de la institucionalidad ambiental del año 2010, más aquellas que desde antes poseían, configuran un conjunto de herramientas limitadas para actuar en el campo medioambiental, que las entidades edilicias muchas veces desconocen y/o no utilizan, ya sea por su dispersión en distintos cuerpos normativos o por no contar con profesionales y técnicos especializados, con las competencias y destrezas necesarias que les permitan ponerlas en ejecución. Hago presente en este punto, que desde siempre "los municipios han sufrido de una falta de competencias y recursos para enfrentar tales tareas. En general, reciben impactos ambientales, pero no tienen muchas facultades o mecanismos para oponerse o para controlar estos impactos. Esta falta de capacidad implica que los municipios no pueden, o se les dificulta, cumplir con su deber para asegurar un desarrollo sustentable más integral y participativo" (Henríquez y Barton, 2012, p. 266).

Esto conlleva que los vecinos muchas veces no cuentan con información suficiente sobre la normativa legal vigente, sobre la funciones de la institucionalidad ambiental o sobre informes generados por el municipio de carácter ambiental, lo que les impide participar en la toma de decisiones sobre impactos generados en su comunidad. Es por ello que se debe fomentar la participación ciudadana en conjunto con la participación de los municipios en las problemáticas ambientales locales, asimismo es necesario fortalecer y propiciar el empoderamiento y la gobernanza ambiental de la comunidad.

Con el objeto de desarrollar las ideas expuestas, en primer lugar, expondré qué es lo que debemos entender por municipio o municipalidad, para luego examinar someramente parte de sus competencias en materia ambiental. Luego nos abocaremos a estudios que nos llevan a concluir que la falta de especialistas en el área medio ambiental de las municipalidades es uno de los factores que llevan a diferenciar una gestión exitosa de una que no lo es. Finalmente, examinaremos cómo estas nuevas competencias, si no son puestas en conocimiento de la comunidad, desembocan en la falta de integración de la misma a la temática ambiental, en la

1 Egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile

falta de legitimación de las decisiones adoptadas por los alcaldes y en la falta de coordinación entre el ente municipal y su comunidad. Además, se realizarán algunas propuestas respecto de las falencias indicadas.

2. Breve concepto de municipalidad

El municipio históricamente creció antes que el Estado. Se ha afirmado incluso que la municipalidad no nace de la ley, que es un hecho de convivencia social el que induce a grupos familiares contiguos a buscar esta organización necesaria para la custodia de intereses comunes (Fernández, 2007, p. 10). Partiendo de esta afirmación, se puede establecer que el municipio se fundamenta en el grupo social llamado vecindario, por lo cual, aparece como una definición muy precisa la que entrega Patricio Aylwin al decir que es "una corporación territorial, cuya base son los habitantes de una comuna o agrupación de comunas (Derecho Administrativo, p. 132)" (Fernández, 2007, p. 10).

En nuestro sistema normativo, encontramos el concepto de municipalidad en el artículo 118, inciso 4º de la Constitución Política y en el artículo 1º, inciso 2º de la Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOC de Municipalidades), los cuales indican que "las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna"[2]. Estableciendo además, dichos cuerpos normativos, que la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que se encuentra constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo municipal. Asimismo, la ley orgánica constitucional respectiva, establece las modalidades y formas que debe asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.

De las definiciones anteriores se desprende que el municipio es una entidad al servicio de la comunidad local, por lo cual debe considerar en su actuar que los vecinos forman parte de su medio ambiente, y que, al mismo tiempo, la supervivencia y desarrollo de éstos exigen la explotación de aquél; es decir, encontramos a la sociedad local posicionada como "juez y parte con respecto a la naturaleza" (Sunkel, 1981, p. 17). En esta relación asimétrica entre sociedad y medio ambiente, el rol que le toca a la municipalidad es de suma importancia, ya que es la población -a fin de cuentas- la responsable y ejecutora de la gestión ambiental de su territorio,

2 Esta disposición corresponde a la redactada por la comisión de estudios de la nueva constitución y solo ha sido modificada en la reforma de 1991 al incorporarse la palabra "autónomas".

con las diversas aristas que ella conlleva; convirtiéndose, entonces, el municipio, en un ente regulador que trata de generar equilibrios en el desarrollo sustentable de la comuna.

En este aspecto, el rol del municipio es asegurar que las medidas que se vayan a adoptar a la hora de enfrentar temáticas ambientales sean las más óptimas para lograr una comuna sustentable. Independientemente de la posibilidad de que las organizaciones sociales y los vecinos puedan efectuar sus propias observaciones o manifestar sus propias inquietudes referente a materias de carácter ambiental suscitadas en la comuna, el municipio no puede marginarse de ellas, toda vez, que a él le corresponde ser el ente articulador capacitado para dar solución a problemas de este tipo.

3. Instrumentos normativos municipales de carácter ambiental

"Los municipios, como entidades claves en los territorios, actualmente se ven confrontados a un sinnúmero de demandas, tanto tradicionales como nuevas, cuya satisfacción requiere cada vez más de mecanismos y servicios de manera de abordar del mejor modo posible los complejos requerimientos que surgen, tanto desde la población de la propia comuna como de los agentes externos del territorio. La temática ambiental no se escapa a esta dinámica. Los municipios chilenos pueden desarrollar diversas acciones ambientales que van más allá de sus atribuciones privativas de aseo y ornato, desde el desarrollo de sistemas de gestión ambiental local, hasta la ejecución de pequeños programas de reciclaje. Ejemplo de ello son los municipios de: Calera de Tango, con su programa de protección a la biodiversidad en los Cerros Lonquén y Chena; Vitacura con el desarrollo de su Punto Limpio; Placilla, con la reciente creación de su comité ambiental comunal; entre otros" (Rungruangsakorn, 2009, p. 10). Sin dejar de mencionar, por supuesto, a la comuna de La Pintana con su modelo de desarrollo sustentable[3].

Es en este contexto, que el proceso de perfeccionamiento de la institucionalidad ambiental del país, a partir de la modificación de la Ley N° 19.300 "Sobre Bases Generales del Medio Ambiente", y la entrada en vigencia de las Leyes N° 20.417 que "Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente", y N° 20.600 que "Crea los Tribunales Ambientales"; estableció como un importante desafío dentro de la nueva institucionalidad ambiental, la descentralización y fortalecimiento de la gestión ambiental municipal[4].

3 Blanco (2014) p. 20-21.

4 "La Gestión Ambiental enfatiza el conjunto de procedimientos administrativos, ejecutivos y legislativos que permiten prevenir y solucionar problemas ambientales (Duran, 1995, en Rungruangsakorn, 2006), lo que involucra la definición de planes, políticas, programas y proyectos que regulen actividades que afecten aspectos del medio ambiente. Lo local viene dado por la esca-

Muestra de ello lo podemos apreciar en el mensaje presidencial contenido en la historia de la Ley N° 20.417, el cual explicita que uno de los aspectos propuestos fue establecer que la unidad de aseo y ornato a nivel municipal pasará también a desempeñar competencias ambientales a nivel local, tratando de reproducir los objetivos de política y gestión a nivel municipal. La propuesta agregó como nuevas competencias las siguientes: a) Proponer y ejecutar medidas tendientes a materializar acciones y programas relacionados con medio ambiente, b) Aplicar las normas ambientales a ejecutarse en la comuna, y c) Elaborar el anteproyecto de ordenanza ambiental[5]. Dicha propuesta la encontramos hoy plasmada en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades[6] y las nuevas competencias incorporadas con la dictación de la Ley N° 20.417 se adscribieron a las Direcciones de Aseo y Ornato Municipales, las cuales en virtud de dicha ley, como ya señalé, pasaron a transformarse en unidades de Medio Ambiente, Aseo y Ornato.

En la actualidad, luego de la reforma, las iniciativas de gestión ambiental local incluyen la dictación de ordenanzas locales, capacitaciones, convenios con otros organismos, propuestas de barrios verdes, creación de comités ambientales comunales, desarrollo de actividades de difusión, generación de estrategias ambientales, la certificación ambiental municipal, entre otras. Sin embargo, la gestión local puede incluir otras áreas asociadas a demandas de la ciudadanía como son aquellas relacionadas con la aplicación de normas ambientales por parte de los municipios.

En este sentido y a fin exponer algunas vías, tanto judiciales como administrativas, a las que pueden recurrir los municipios ante conflictos ambientales, haré una breve referencia a la normativa legal que las contiene.

La Ley N° 20.417 impone al Ministerio del Medio Ambiente establecer convenios de colaboración con las municipalidades destinados a adoptar las medidas necesarias para asegurar la integridad, conservación y reparación del medio ambiente regional y local, así como la educación ambiental y la participación ciudadana (artículo 70, letra r). Asimismo, a las Secretarías Regionales Ministeriales, dependientes técnica y administrativamente del Ministerio del Medio Ambiente, les corresponde colaborar con los municipios respectivos en materia de gestión ambiental (artículo 75, letra c).

---

la político-administrativa del accionar de la gestión ambiental, que se corresponde con la unidad territorial primordial, por la cual se pueden dar cabida a la solución de problemas que inciden directamente en la ciudadanía, como lo es el municipio" (Henríquez y Barton, 2012, p. 262).

5 Antes, las tareas asignadas a la unidad de Aseo y Ornato según la Ley N° 18.695, correspondían a las funciones de velar por el aseo de los bienes públicos, mantener un sistema de extracción de basura y mantener las áreas verdes del espacio comunal.

6 Ver Historia de la Ley N° 20.417 p. 68.

En el sistema de evaluación de impacto ambiental contenido en la Ley N° 19.300, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) debe solicitar informes a los municipios respecto de los proyectos sometidos al sistema y cuyo emplazamiento se propone en el territorio del municipio informante. Además se impone al SEA la obligación de requerir informe al municipio sobre si el proyecto bajo evaluación se ajusta a los planes de desarrollo comunal y evaluar la compatibilidad territorial del mismo.

Sin perjuicio de la facultad municipal de colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites de la comuna, establecida en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 18.695 y en otras normas legales, las municipalidades ahora deben recibir las denuncias que formulen los ciudadanos por incumplimiento de normas ambientales y ponerlas en conocimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente para que ésta les dé curso. Corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente fiscalizar el cumplimiento de la normativa ambiental, de las resoluciones de calificación ambiental y de los instrumentos de gestión ambiental, ya sea, a través de la fiscalización directa realizada por funcionaros propios, por los organismos sectoriales con competencia en fiscalización ambiental, o a través de la contratación de entidades técnicas privadas debidamente certificadas.

En relación con los Tribunales ambientales, la nueva instancia jurisdiccional ambiental creada por la Ley N° 20.600, establece que las municipalidades están legitimadas activamente para incoar la acción ambiental a fin de obtener la reparación del medio ambiente dañado. El artículo 51 de la Ley N°19.300, prescribe que producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado[7], lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado, y que, son titulares de la acción ambiental, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier persona puede requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación, deduzca la respectiva acción ambiental. La municipalidad debe demandar en el término de 45 días, y si resuelve no hacerlo, debe emitir dentro de igual plazo una resolución fundada que se notificará al requirente. La falta de pronunciamiento de la municipalidad en el término indicado la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado.

Por su parte, la Ley N° 20.417 también creó la denominada "evaluación ambiental estratégica», la cual establece que siempre deberán someterse a

---

7 Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas (Ley N° 19.300, artículo 2º, letra s).

evaluación ambiental estratégica los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen. En esta situación el procedimiento y aprobación del instrumento estará a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el Gobierno Regional o el Municipio o cualquier otro organismo de la Administración del Estado, respectivamente.

En cuanto a las ordenanzas ambientales, podemos decir que corresponden a instrumentos normativos municipales que pueden lograr cambios y establecer márgenes de acción respecto al medio ambiente, como también buscar un uso más racional de los recursos naturales, evitar el colapso de ecosistemas y apuntar a un desarrollo más sustentable. La LOC de Municipalidades establece en su artículo 12 que las ordenanzas son resoluciones que adoptan los municipios que se constituyen como normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, dentro de las cuales pueden establecerse multas para los infractores y son aplicadas por los Juzgados de Policía Local correspondientes. La ley N° 20.417, como ya vimos, establece que corresponde a la Dirección de Medio Ambiente, Aseo y Ornato, elaborar el anteproyecto de ordenanza ambiental.

En el área constitucional, se mantiene el recurso de protección al establecer nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 Nº 8º, que asegura a todas las personas: "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente"; por su parte, el artículo 20 inciso final de dicho texto legal establece que "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada". Como podemos apreciar, esta acción constitucional no es un juicio formal, por lo mismo, deja libres a los interesados la vía ordinaria correspondiente para ejercer las acciones que estimen pertinentes a sus derechos. No obstante, en el caso de que exista contaminación, el tribunal deberá tomar todas las medidas que correspondan con el fin de dar la debida protección a la garantía constitucional amagada, en este caso el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Por otra parte, y sin haber sido instauradas por la reforma de la institucionalidad ambiental, también es de valor mencionar otras herramientas que las municipalidades pueden utilizar, desde antes del año 2010, para combatir problemas ambientales. Una de ellas la encontramos en el artículo 62 inciso 2° del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones,

que prescribe "Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año". Esta normativa actualmente está siendo utilizada por la municipalidad de San Joaquín[8] para combatir los efectos contaminantes de una empresa de curtiembres, que causa molestias y daños al vecindario por emanación reiterada de malos olores, los cuales provocan malestares de salud a la comunidad, tales como dolores de cabeza y vómitos[9].

Otra herramienta de este tipo es aquella del artículo 160 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones, que prescribe "En el caso de establecimientos industriales o locales de almacenamiento, expuestos a peligro de explosión o de incendio, y los que produjeren emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario, la Municipalidad fijará, previo informe de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y del Servicio Nacional de Salud, el plazo dentro del cual deberán retirarse del sector en que estuvieren establecidos. Dicho plazo no podrá ser inferior a un año, contado desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva". Este instrumento normativo en la actualidad, también está siendo utilizado por el mismo municipio[10] para combatir los efectos dañinos al medio ambiente de una empresa marmolera que causa molestias y perjuicios al vecindario por ruidos molestos, vibraciones, emanación de material particulado y gases, entre otros, afectando negativamente a la población aledaña a la empresa[11].

Los municipios también pueden recurrir a la Autoridad Sanitaria para exigirle velar por el resguardo de la salud y del medio ambiente de la población, fiscalizar materias como higiene y seguridad del ambiente y de los lugares de trabajo, y si corresponde, sancionar las disposiciones del Código Sanitario y otras normativas cuando éstas no se cumplen.

Finalmente, otra herramienta que los municipios pueden utilizar para combatir problemas ambientales como micro basurales instalados en terrenos baldíos, es aquella consagrada en el artículo 58 *bis* del Decreto Ley N° 3.063, Ley de Rentas Municipales, la cual entrega al alcalde la facultad de declarar en abandono un predio no habitado que se encuentre permanentemente desatendido, ya sea por falta de cierros, protecciones adecuadas, aseo o mantención, o por otras circunstancias manifiestas de abandono o deterioro que afecten negativamente su entorno inmediato, estableciendo también como facultad el cobro de multas al

8 Decreto Alcaldicio N° 1263 de la Municipalidad de San Joaquín de 2013.
9 *Curtiembres Bas S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín* (2013).
10 Decreto Alcaldicio N° 611 de la Municipalidad de San Joaquín de 2014.
11 *Minera Trucco Ltda. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín* (2014).

propietario, una vez realizada la declaración de abandono del recinto, así como el reembolso de los gastos que la municipalidad desembolse por concepto de limpieza y cierre de la propiedad.

Todas estas competencias asignadas a los municipios en el área de normativa ambiental, tanto nuevas como ya existentes, pareciesen ser a simple vista sencillas y bastas, sin embargo, la dispersión de las mismas en distintas leyes, así como la falta de especialización de los funcionarios municipales abocados al área, tanto profesionales como técnicos, hacen que ellas sean desconocidas y/o muy poco utilizadas por las entidades edilicias al momento de enfrentar problemas o temáticas ambientales. "Sabido es que existen problemas de recursos y de financiamiento, pero también de una imprescindible capacitación y formación de los recursos humanos, una mejora sustantiva de las competencias municipales, en suma, enfrentar de modo directo y completo los serios problemas en las capacidades de gestión local" (Universidad Autónoma de Chile e Instituto de Estudios Municipales, 2011, p. 4).

Por otra parte, los municipios se ven enfrentados diariamente a múltiples situaciones que conllevan aristas socioambientales, tales como: participar en la evaluación de proyectos con impactos ambientales en el territorio comunal, lo cual requiere de un personal con alto nivel de preparación para su comprensión y análisis; generar procesos informativos a la comunidad respecto de estudios y declaraciones presentadas por empresas sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), así como de empresa de carácter contaminante ubicadas en la comuna, sobre las cuales los vecinos buscan información; entablar las acciones judiciales y/o administrativas que correspondan cuando el medioambiente de la comuna está siendo dañado; denunciar ante la Superintendencia los incumplimientos de las resoluciones de calificación ambiental de las empresas ubicadas en la comuna, etc.

Como contrapartida de esto, los habitantes frente a nuevos proyectos que desean emplazarse en la comuna o frente a la actividad de industrias o personas contaminantes, ya instaladas en dicho territorio, pueden ver afectados en distintos grados y modos su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, así como su derecho a la salud. Ejemplo de ello son las alteraciones en el sistema de vida, los problemas de salud por contaminación acústica, lumínica, material particulado, etc., que pueden producirse a causa de diferentes tipos de contaminantes en distintos niveles de intensidad. Todo esto implica diversos niveles de conflicto por temas ambientales en la comuna, generando demandas por parte de la comunidad frente al organismo municipal. En síntesis, el municipio debe lidiar con problemas de carácter ambiental en distintos ámbitos de su quehacer, con una ciudadanía que espera información fidedigna y una postura clara del alcalde frente al tema; y posibles conflictos ambientales en su territorio.

4. Competencias ambientales, funcionarios especializados y presupuesto

Teniendo en cuenta este complejo escenario, el cual se repite desde antes de la reforma del año 2010, en un estudio realizado por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) el año 2008 (Rungruangsakorn, 2009, p. 11), sobre un universo de 53 instituciones municipales a las que les correspondía participar en la evaluación de uno o más estudios de impacto ambiental que afectaban su territorio, se obtuvo como resultado que el 51% de ellos (27 municipios) realizaron al menos un pronunciamiento. El resto de las entidades (26 municipios) se abstuvieron de pronunciarse por diversos motivos, los cuales podrían hipotéticamente explicarse "por la falta de capacidad técnica o la ausencia de voluntad institucional para participar del proceso", entre otros (Rungruangsakorn, 2009, p. 11). El estudio también estableció que el solo pronunciamiento formal no otorgaba indicios sobre la profundidad de las observaciones, ya que el contenido de las mismas muchas veces, resultó insuficiente, no generando aporte desde el punto de vista de la situación socioambiental local. Siguiendo esta línea de resultados, de los 27 municipios que efectivamente participaron en el SEIA en el año 2008, estos registraron el siguiente comportamiento: un 70% efectuaron pronunciamientos de alta calidad, un 11% de mediana calidad y un 19% de baja calidad[12].

Analizado este estudio desde otra arista, del total de 53 municipios a los que le correspondía pronunciarse, sólo un 35% de este universo presentan una alta calidad en la formulación de sus pronunciamientos frente al estudio, porcentaje bajo si se compara con la convocatoria y niveles de participación ciudadana en las comunas donde se emplazaron los proyectos. Al respecto, el nivel de participación ciudadana alcanzó un 92% del total de las 53 comunas estudiadas, esto expresado en observaciones ciudadanas formuladas dentro del proceso del SEIA. Como se puede observar, es muy difícil ver que un proyecto sometido a evaluación no tenga observaciones por parte de los ciudadanos, mientras que es muy posible que las entidades municipales se abstengan del proceso, lo cual nos lleva a concluir que hay algo que está pasando en los municipios al no tener el mismo nivel de reacción que la ciudadanía local ante temas socioambientales.

La investigación mencionada, a fin de intentar establecer qué ocurre con los municipios al momento de enfrentarse a un estudio o a una declaración de impacto ambiental, recurrió a otro estudio realizado por la CONAMA el año 2007, llamado "Sistematización de la Gestión Ambiental Local en Chile". Este estudio analizó la situación de la gestión ambiental de 326 de los municipios del país (94,5%). Uno

12 Para efectos del estudio mencionado, se determinaron los siguientes factores para evaluar la calidad de los pronunciamientos de los municipios: pertinencia de las observaciones formuladas dentro del ámbito de su competencia, especificidad y profundidad de las observaciones según los impactos del proyecto, conocimiento del proyecto y redacción.

de los aspectos abordados en dicho estudio fue conocer si estos municipios poseían una Unidad de Gestión Ambiental Local que les permitiera conducir los procesos socioambientales en el territorio comunal. En el estudio citado se efectuó una constatación de la existencia o no de una unidad ambiental en cada uno de los 27 municipios que efectivamente participaron en el SEIA en el estudio anterior, datos que al cruzarlos, arrojaron un interesante comportamiento en relación a la calidad de las observaciones. En cuanto a las observaciones de municipios sin unidad ambiental, un 56% tuvo un pronunciamiento de alta calidad, un 22% de mediana calidad y un 22% de mala calidad. Respecto a las observaciones de municipios con unidad ambiental, un 85% tuvo un pronunciamiento de alta calidad, y un 15% de mala calidad. Es decir, los municipios que cuentan con unidades medioambientales, están mejor preparadas y capacitadas, y por lo tanto, emiten pronunciamientos de mayor calidad al momentos de evaluar un proyecto.

La calidad con que los municipios ejercen sus competencias ambientales, tiene una especial incidencia técnica en las acciones a adoptar ante conflictos de la misma área, por cuanto es posible integrar variantes totalmente locales que muchas veces otros organismos no consideran. Los municipios, a diferencia de otros órganos del Estado, tienen un conocimiento más profundo de su territorio y las dinámicas sociales que se tejen en él. En gran parte de las localidades de nuestro país, la municipalidad es el primer órgano público que tiene como referente la población para la búsqueda de respuestas, orientación o soluciones.

Lo anterior conlleva, que un municipio que no ejerce efectivamente sus competencias ambientales, canalizando la preocupación de las comunidades afectadas, o simplemente se abstiene en el proceso, ya sea por falta de profesionales o por desconocimiento de la norma, generará en la comunidad un sentimiento de desamparo y de suspicacia, tal como lo indica el "Estudio de caracterización psicosocial de grupos humanos de aéreas de influencia de proyectos de inversión calificados ambientalmente mediante SEIA", elaborado por CONAMA y la Universidad de Chile el año 2009: "Las personas no se sienten representadas ni apoyadas adecuadamente por sus autoridades, lo que dificulta el trabajo conjunto e instala la sensación de estar desprotegidos ante los distintos eventos que puedan afectar el desarrollo comunal, ya que las autoridades [comunales] no han logrado dar respuestas eficaces a las demandas que las personas les han planteado, sobre todo en lo referente al acceso a servicios educacionales y de salud, oportunidades laborales, culturales y de gestión ambiental".

En otro aspecto y no obstante, los avances positivos a nivel nacional, en cuanto a competencias ambientales municipales, "lo que se ve claramente en la legislación final y las discusiones previas, es el desbalance y debilidad en temas de la descentralización o desconcentración en los asuntos de planificación, evaluación y fiscalización ambiental. La falta de reforzamiento a nivel local fue una deficiencia

importante de la nueva legislación. Los cambios asociados con el nombre de la unidad: Medio Ambiente, Aseo y Ornato, también el requisito de materializar acciones y programas, aplicar normas y establecer un anteproyecto de ordenanza ambiental, no fueron acompañados con recursos o con una mayor claridad en términos de la ejecución y planificación de estas nuevas tareas" (Henríquez y Barton, 2012, p. 264).

Esto se aprecia con claridad en el Informe de Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados de fecha 01 de abril de 2009 que se pronuncia sobre el proyecto de la Ley N° 20.417. En este informe el académico del Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Universidad Católica expresó que la iniciativa legal, adolece de debilidad ya que "existe poco desarrollo de las nuevas competencias municipales" (pág. 118). La Directora Ejecutiva del Programa Chile Sustentable, consideró insuficiente la propuesta contemplada en el proyecto, ya que para "contemplar la relación entre instituciones ministeriales y municipales es necesario apoyo de gestión de recursos financieros y recursos humanos, que hacen necesaria una asesoría del Ministerio a estas instituciones en materia técnica, que permita dotarlas de capacidades técnicas que se requieren, en una relación que no es extraña a la administración del Estado porque son relaciones que se dan en el área de salud y educación por ejemplo" (pág. 124). El Director Ejecutivo de Greenpeace, Unidad de Medio Ambiente de las Municipalidades, destacó que "la mayoría de las municipalidades carecen de recursos y tienen carencias en materia de gestión y no tienen profesionales que los asesoren, por lo que la norma que contempla el proyecto será meramente declarativa porque estimó que el proyecto no se hace cargo de estas materias" (pág. 142). La Coordinadora de Investigación del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, expresó que "la creación de unidades ambientales municipales modificando la Ley Orgánica de Municipalidades parece relevante y necesaria, sin perjuicio de que sería necesario acompañar esta disposición de mayores recursos financieros, humanos y de capacitación para permitir su éxito" (pág. 157). Todas estas opiniones nos llevan a concluir que hasta la fecha, no ha habido un adecuado fortalecimiento de las capacidades ambientales en los municipios.

Como podemos apreciar, con la reforma del año 2010 se otorgaron más competencias a las municipalidades en el ámbito ambiental, no obstante estas nuevas competencias unidas a las ya existentes, se encuentran limitadas por otros tipo de falencias que encontramos en estos organismos públicos, como son la falta de profesionales con capacidades especializadas en el área y la falta de recursos que hacen imposible lograr una real gestión ambiental, así como retener y capacitar a los profesionales mencionados. En la actualidad existe una inestabilidad de las unidades ambientales (especialmente por la presencia de profesionales a honorarios) como también una fuerte dependencia de la voluntad política de turno, lo que

redunda en una alta fragilidad del sistema" (Henríquez y Barton, 2012, p. 273). En lo que respecta a los presupuestos municipales, en promedio el valor que destinan los municipios a la gestión ambiental es superior a los $23 millones de pesos al año; en términos de funcionarios existe un promedio de 3,4 funcionarios por unidad de medio ambiente[13].

En un análisis realizado por los expertos del Departamento de Gestión Ambiental Local del Ministerio de Medio Ambiente para determinar la importancia de los principales factores que influyen en una gestión ambiental exitosa, se determinó que el factor más importante es el apoyo del alcalde (31,3%), seguido del factor disponibilidad de un equipo capacitado (22,1%); financiamiento mínimo (16,2%); altos niveles de participación (15,4%); y, en último término, aplicación de los instrumentos de gestión ambiental (14,7%)[14]. De conformidad a lo analizado hasta ahora, se encuentran como puntos débiles el factor disponibilidad de un equipo capacitado y el factor financiamiento mínimo.

Ahora bien, en base a lo expuesto, podemos concluir que existe cierta precariedad, fundamentalmente en términos de institucionalidad, respecto a las funciones asociadas con materias de gestión ambiental a nivel local. "Si bien la Ley 20.417 señala un avance en la definición de tareas pendientes a nivel local, no existe claridad en términos de los mecanismos y, por sobre todo, sobre las personas encargadas para llevar a cabo estas labores" (Henríquez y Barton, 2012, p. 284). En las unidades ambientales de los municipios, hay distintos perfiles profesionales, como agrónomos, veterinarios, geógrafos y otros profesionales, asumiendo múltiples funciones como la educación ambiental, la revisión de proyectos ingresados al SEIA, la formulación de ordenanzas y su fiscalización, el trabajo en procesos de certificación ambiental, entre otras. Sin embargo, muchas municipalidades no cuentan con un funcionario exclusivo dedicado a estas materias o éste se encuentra en una situación contractual inestable. Es en este escenario donde se vuelve interesante la propuesta la formulada por Cristian Henríquez y Barton Jonathan, respecto del cargo de Asesor Ambiental, quien debiese cumplir funciones estratégicas en los municipios, asumiendo los desafíos del desarrollo sustentable en las localidades de Chile.

Habiendo ya analizados qué son las municipalidades, sus herramientas normativas y competencias ambientales, la escasez de funcionarios especializados en el área, y el exiguo presupuesto que las acompaña, pasaremos a abordar la participación de la comunidad en estas temáticas.

13 Fuente: Ministerio de Medio Ambiente, Departamento de Gestión Ambiental Local en base a datos del Sistema de Certificación Ambiental Municipal (SCAM) (2012).

14 Fuente: Henríquez y Barton, 2012, p. 268

5. Participación de la comunidad en temas ambientales

En las democracias constitucionales, como la chilena, la participación es un principio y un valor inherente a la noción y a la esencia misma de democracia, al punto que es difícil concebir la existencia de un verdadero régimen democrático sin derechos de participación y sin mecanismos que garanticen estos derechos de las personas en los procesos de toma de decisiones estatales que puedan afectarlas. En esta lógica, "la participación es además, un fin principal de los gobiernos democráticos, habida cuenta que sus decisiones tienen legitimidad en la medida en que sean producto de la deliberación pública y de la participación ciudadana. El principio democrático debiese concretarse en la protección de los derechos individuales de participación así como en su ejercicio colectivo" (Galvis y Ramírez, 2013, p.50).

Como hemos visto, una característica preponderante del municipio es su raíz democrática, evidenciada en sus diversas épocas. En la actualidad, el fundamento democrático del municipio debe buscarse preponderantemente en la participación ciudadana, la cual la podemos entender como "la posibilidad que tienen los ciudadanos de la comuna de intervenir, tomar parte y ser considerados en las instancias de información, ejecución y evaluación de acciones que apunten a la solución de los problemas que los afectan directa o indirectamente en los distintos ámbitos de la actividad de la municipalidad y el desarrollo de la misma en los diferentes niveles de la vida comunal"[15].

Es por ello que, en lo que al municipio se refiere, "debe concebírsele no como una suma de ciudadanos abstractos e intemporales, sino como un conjunto de instituciones al servicio del bien común, compuestas por personas, familias y grupos que operan en la sociedad, manteniéndose un equilibrio estable entre los ciudadanos que protagonizan la vida cotidiana y el aparato institucional que ejerce el poder local, procurando que entre ambos niveles exista en funcionamiento una constante red de comunicaciones. Siguiendo esta idea, es importantísimo determinar los cauces de la participación ciudadana en la administración local, ya que ésta se ha considerado siempre como una escuela de democracia. El contacto entre los ciudadanos y los poderes locales resulta valioso para que el municipio adquiera la vitalidad y el dinamismo que le es esencial" (Fernández, 2007, p.27).

De lo expuesto, se puede concluir que el municipio es una institución pública esencialmente democrática; luego, un municipio sin participación de la comunidad deja de ser municipio, pierde su razón de ser, y se convierte en un servicio público más. Reforzando este aspecto, tenemos que el sistema municipal no funciona aisladamente, éste se vincula con la comunidad, que pasa a ser su objeto central de preocupación, por lo que su gestión gira en torno a ella, con ella

15 Artículo 2º de la Ordenanza Nº 01/2011 de la Municipalidad de San Joaquín de 2011.

y por ella. Por tanto, considerarla en los procesos de decisiones medioambientales, implica contar con la participación de sus habitantes. La Agenda Local 21 es particularmente clara al respecto: "Uno de los requisitos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible es la amplia participación de la opinión pública en la adopción de decisiones. Además, en el contexto más concreto del medio ambiente y el desarrollo, se ha hecho evidente la necesidad de que las personas, los grupos y las organizaciones participen en los procedimientos de evaluación del impacto ambiental, conozcan el mecanismo de adopción de decisiones y participen en él, sobre todo cuando exista la posibilidad de que esas decisiones afecten a las comunidades donde viven y trabajan. Toda persona, grupo u organización debería tener acceso a la información relativa al medio ambiente y el desarrollo con que contarán las autoridades nacionales, incluso a la información acerca de productos y actividades que tuvieran consecuencias importantes para el medio ambiente o hubiera probabilidades de que las tuvieran, así como la información sobre las medidas de protección del medio ambiente" (punto N° 23.2).

Ahora bien, "durante los últimos años en Chile, el sistema político ha sido objeto de diversas demandas por mayor equidad, justicia y democracia. Las masivas protestas estudiantiles del 2011, así como la gran variedad de conflictos territoriales por el agua, la salud, el medioambiente y la ciudad, son prueba de ello. El Estado chileno, a través de sus distintos órganos y representantes, ha tendido a recoger parcialmente estas inquietudes, al tiempo que, como una forma de poder incidir mayormente en la toma de decisiones, la ciudadanía y los movimientos sociales han centrado parte de sus reivindicaciones en la demanda por espacios de participación más transparentes, accesibles y resolutivos.

En gran parte de estos conflictos, el municipio, en tanto institución encargada de la aplicación de múltiples políticas públicas a nivel local o como primera instancia de socialización política de la ciudadanía, desempeña un rol clave de mediación o canalización de las demandas ciudadanas. Sin embargo, los espacios y mecanismos de participación a nivel municipal están inmersos en una trama institucional más amplia. Sus posibilidades de avance y apertura, el aumento de su impacto y capacidad transformadora, los niveles de apropiación ciudadana que alcance, entre otros aspectos, se encuentran estrechamente asociados a la coherencia y articulación interna de los diseños institucionales del Estado y de su gestión pública." (Fundación Decide, 2013, p. 7)

Dentro de este contexto, hoy en día los municipios, luego de la dictación de varias leyes relacionadas con la materia[16], tienen estructurada una manera de participación ciudadana que es mucho más flexible que antes, dejándole a cada municipalidad la posibilidad de establecer su propia ordenanza de participación.

16 Entre ellas, la más importante es la Ley N° 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

También se han introducido instancias de participación más directa de la comunidad, para que represente y satisfaga sus inquietudes[17].

> En lo que respecta a la aplicación por parte de las municipalidades de la normativa por problemas ambientales en la comuna, se desprende que ello genera un efecto directo e identificable entre los vecinos, es este sentido, todo el ejercicio municipal expresado en el accionar judicial o fiscalizador, tiene como fin procurar el desarrollo sustentable de la comuna. Sin embargo, esto requiere necesariamente de la participación ciudadana, la cual es un elemento clave en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental. Si retrocedemos en el tiempo, el rol representativo de los municipios en el país siempre ha estado presente, desde la conformación histórica de estos organismos en Chile, con la institución del cabildo (antecesora de los municipios), que ejercía un contrapeso frente a los funcionarios reales, pudiendo expresar la voz de los vecinos frente a las medidas que se consideraban perjudiciales.
>
> El considerar la opinión y demandas específicas de la ciudadanía permite a la autoridad mejorar su quehacer, por cuanto la acción gubernamental local se ajusta a las necesidades, problemas e intereses que expresan los propios ciudadanos. Por otra parte, que los municipios desarrollen sus tareas en diálogo con la ciudadanía, incorporando las opiniones y puntos de vista de ésta, otorga mayores niveles de legitimidad pública a su quehacer" (Rungruangsakorn, 2009, p. 10). De este modo, integrar y trabajar con la comunidad en el análisis y enfoque de temas ambientales constituye la respuesta a un problema de carácter, tanto técnico como político, y cumple, por tanto, una doble función: mejorar la calidad de las decisiones que las autoridades municipales realizan y, a la vez, elevar los niveles de legitimidad de ese quehacer. Recordemos que el término de gobernanza ambiental "adquiere un mayor significado, por cuanto se refiere a los procesos de toma de decisión y de ejercicio de autoridad en los cuales también intervienen otras partes interesadas que pertenecen a la sociedad civil y que tienen que ver con la fijación de los marcos regulatorios y el establecimiento de los límites y restricciones al uso del medio ambiente y sus recursos" (Rungruangsakorn, 2009, p. 21).

"En materia de gestión local, el reciente Informe sobre el estado del medio ambiente en Chile 2011 (2012), (...) hace hincapié en el proceso de

17 Los instrumentos de participación ciudadana municipales son: ordenanza de participación, Consejo Económico y Social Comunal, audiencias públicas, oficinas de información y reclamos, plebiscitos comunales, cartas ciudadanas, diálogos ciudadanos, mesas temáticas, presupuestos participativos, entre otros.

gestión municipal sobre el medio ambiente, en el cual la ciudadanía no solo tiene el derecho, sino que cuenta con el deber de realizar denuncias ambientales de cualquier tipo, motivo por el cual debe estar informada sobre las normativas legales vigentes, conocer la institucionalidad y comprender los informes generados que le permitan participar en la toma de decisiones sobre impactos generados en su comunidad" (Henríquez y Barton, 2012, p. 265). Lo que es de suma importancia, ya que si la comunidad no tiene interiorizada esta información, malamente podrá participar con las municipalidades y pronunciarse en temas socioambientales que les afecten. Paralelamente, la gestión debe apuntar a la participación de la comunidad mediante cabildos ambientales, mesas de trabajo, consulta, entre otros; en la generación de redes a nivel nacional, regional, provincial, de zonas u otras unidades, al intercambio de experiencias, y a la formación de redes municipio-comunidad-empresas.

En apoyo a la participación de la comunidad, las municipalidades debiesen ejercer, al menos, las siguientes funciones: dar trámite a las denuncias recibidas por parte de la comunidad de conformidad al artículo 65 de la Ley N° 19.300, a fin de ponerlas en conocimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; direccionar procesos de negociación y apropiación en proyectos de inversión de impacto significativo en el territorio comunal, como por ejemplo los proyectos que generen daño ambiental o cargas ambientales definidos en la Ley N° 19.300; coordinar los procesos de participación ciudadana en los proyectos, planes o programas donde el municipio es titular, tanto de los que requieren ser sometidos al SEA como de los que no; velar por el cumplimiento de todos los aspectos ambientales de la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública y del artículo 5, letra j) de la Ley Orgánica de Municipalidades (Henríquez y Barton, 2012, p. 277).

6. Conclusiones

Los municipios deben capacitar a sus cuadros profesionales y técnicos para permitirse abordar adecuadamente las competencias ambientales que le entrega la legislación vigente; funcionarios especializados desempeñarán mejor sus funciones, lo cual será bien recibido por la comunidad y por las empresas de la comuna. Además, un personal preparado permite dar apoyo a la comunidad para el entendimiento de la normativa ambiental que puede ser compleja tanto en su vocabulario técnico como en sus procesos.

El robustecer el área ambiental en la institución municipal permite afrontar de un mejor modo las temáticas ambientales, pero también otorga la posibilidad, en caso de representar dichas temáticas eventuales problemas, de hacer un buen seguimiento a futuro de los compromisos establecidos, ya sea con particulares

o empresas, de otorgar asistencia técnica a la población y fortalecer el capital socioambiental de la comuna.

Se debiesen integrar los funcionarios ambientales en la planta municipal, esto ayudaría a reducir la fragilidad de la estructura de la Unidad de Medio Ambiente y de la ejecución de actividades ambientales en las municipalidades. Por otro lado, la única manera de tomar acciones y coordinarse con otros actores, como empresas y organizaciones sociales, es a través de funcionarios municipales encargados que tengan seguridad laboral y competencias y responsabilidades claras, tales como el cargo de Asesor Ambiental propuesto, además esto último refuerza la nueva institucionalidad ambiental en su escala más local y descentralizada.

La participación ciudadana es el principal medio que permite la inclusión de todos los actores involucrados dentro de una problemática ambiental y permite la toma de decisiones de una manera más democrática e informada.

Facilitar y apoyar los procesos de participación ambiental a los vecinos y entregar una adecuada información a la comunidad es un elemento que otorga mayores niveles de certeza, tranquilidad y grados de realidad a la comunidad. Por lo tanto, los problemas que puedan emerger tienden a tener una base real y con bajos niveles de insatisfacción y, en consecuencia, hay mayores posibilidades de manejo y solución de los eventuales conflictos. Al contrario, no fomentar la participación y el involucramiento ciudadano en el proceso, genera un cuadro difícil de manejar y con la posibilidad de que emerjan niveles de conflicto o la aparición de crisis (Rungruangsakorn, 2009, p. 22).

Es de importancia contar con un texto destinado a las municipalidades donde se traten de forma sistemática sus competencias ambientales, a fin de clarificarles las posibles vías a seguir ante problemas ambientales, esto debido a la dispersión normativa indicada. Se deja claro que dicho texto debe tener carácter académico, diferenciándose de las ordenanzas ambientales, que pueden entenderse como documentos normativos que regulan temáticas medioambientales. Para ello, es importante realizar un diagnóstico general que permita identificar las funciones asignadas a las municipalidades de forma conjunta con los principales instrumentos de gestión ambiental.

Como uno de los principales obstáculos en materia de gestión ambiental corresponde a la falta de recursos de las unidades de medio ambiente, es necesario que el gobierno central establezca alguna forma de financiamiento dirigida a dichas unidades, para la contratación de personal en situación estable (planta), así como para su capacitación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLANCO A., B. (2014).”La Pintana en Verde” en: Diario La Tercera, edición del 25 de agosto de 2014, p. 20-21.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2009): Informe de Comisión de Recursos Naturales de fecha 01 de abril de 2009. Cuenta en Sesión 20, Legislatura 357, que se pronuncia sobre el proyecto de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente.

CONAMA (2008): Sistematización de la Gestión Ambiental Local en Chile. Publicación compilatoria de la investigación. Desarrollado por la Corporación Ambiental del Sur por encargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Santiago, Chile.

CONAMA-UNIVERSIDAD DE CHILE (2009): Estudio de la caracterización psicosocial de grupos humanos de aéreas de influencia de proyectos de inversión calificados ambientalmente mediante SEIA. Santiago de Chile.

FERNÁNDEZ, Richard (2007): Derecho Municipal Chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición) 265pp.

FUNDACIÓN DECIDE: Democracia, Poder y Territorio (2013): “Hacia una democracia participativa: Análisis de la participación ciudadana a nivel municipal” [fecha de consulta: 31 diciembre 2014]. Disponible en: <http://santiago.ulagos.cl/doc/Hacia_una_democracia_participativaDECIDE2013.pdf>

GALVIS PATIÑO, María y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela (2013): “Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria” [fecha de consulta: 23 diciembre 2014].
Disponible en: <http://dplf.org/sites/default/files/digesto_indigenas_web_final.pdf >

HENRÍQUEZ, Cristian y BARTON, Jonathan (2012) “Fortalecimiento de la Gestión Ambiental Municipal. Concurso Políticas Públicas 2012, Propuestas para Chile. PUC”. [fecha de consulta: 20 diciembre 2014].
Disponible en: <http://politicaspublicas.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_Publicacion.archivo_adjunto.b52dd2f51675a299.50524f505545535441532050415241204348494c452d4469676974616c2e706466.pdf>

RUNGRUANGSAKORN, Carlos (2009): “El Municipio y su Rol como Participante en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, una Introspectiva al período 2008”, en Reflexiones y Alcances de la Participación Ciudadana en la Gestión Ambiental (Santiago, CONAMA) pp. 9-24.

SUNKEL, Osvaldo (1981): “La Dimensión Ambiental en los Estilos de Desarrollo de América Latina” [fecha de consulta: 31 diciembre 2014]. Disponible en: <http://archivo.cepal.org/pdfs/1980/S8000002.pdf>

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE-INSTITUTO DE ESTUDIOS MUNICIPALES (2011). “Perspectiva de Análisis de la Reforma Municipal en Chile”.

NORMAS CITADAS

Decreto Alcaldicio N° 1263 de la Municipalidad de San Joaquín, que ordena el traslado de la empresa Curtidos Bas S.A. fuera de la comuna, de 11 de julio de 2013.

Decreto Alcaldicio N° 611 de la Municipalidad de San Joaquín, que ordena el traslado de la empresa Minera Trucco Ltda. fuera de la comuna, de 23 de abril de 2014.

Decreto con Fuerza de Ley 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones. Diario Oficial, 13 abril 1976.

Decreto Ley N° 3.063, Ley de Rentas Municipales. Diario Oficial, 29 diciembre 1979.

Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Diario Oficial, 26 julio 2006.
Ley N° 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente. Diario Oficial, 9 marzo 2004.

Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 enero 2010.

Ley 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Diario Oficial, 16 febrero 2011.

Ley N° 20.600, Crea los Tribunales Ambientales. Diario Oficial, 28 junio 2012

Ordenanza Nº 01/2011 de la Municipalidad de San Joaquín de fecha 12 de agosto de 2011, que aprueba texto refundido, coordinado y sistematizado de la ordenanza de participación ciudadana de la Municipalidad de San Joaquín.

JURISPRUDENCIA CITADA

Curtiembres Bas S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín (2013): Corte de Apelaciones de San Miguel, 12 de mayo de 2014 (Recurso de Ilegalidad, Rol N° 88-2013).

Minera Trucco Ltda. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín (2014): Corte de Apelaciones de San Miguel, causa suspendida (Recurso de Ilegalidad, Rol N° 57-2014).

FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. PERSPECTIVA ACTUAL Y POSIBILIDADES DE PROFUNDIZACIÓN

Cristián Ruiz Araneda[1]

1. Introducción

¿La nueva institucionalidad ambiental está premunida de una estructura que permita prevenir la ocurrencia de daños ambientales antijurídicos? ¿La descoordinación en materia de fiscalización ambiental es un germen inserto en las entidades públicas que ejercen dichas funciones?

La creación de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA), en conjunto con la instauración de una justicia especializada vienen a marcar un hito trascendental en materia de control ambiental, pero, huelga declamar que, lejos de haber terminado con las innumerables mejoras que demandaba nuestro sistema con ello recién se dio comienzo a una nueva etapa. Sobre el particular, como muchas veces sucede en nuestro ordenamiento, parece haber un halo de conformismo con la dictación de la ley que creó la SMA, como si la regulación normativa se tratase de un fin en sí mismo. No resulta arrojado afirmar que aquello es el mínimo ineludible para, desde el punto de vista de la administración activa, se llene de contenido y se dé un marco a los organismos que la ejercerán, pero que éstos, instruidos por la jurisprudencia judicial y administrativa, requieren de bastante más para cumplir la función que se les ha asignado y así satisfacer las necesidades de la ciudadanía, pudiendo traer a colación aspectos básicos como lo son los lineamientos programáticos, la gestión eficiente, la coordinación oportuna e integrada entre los distintos servicios públicos, la dotación de personal con competencias profesionales pertinentes, infraestructura y presupuesto adecuados que permitan ejecutar los programas, etc.; todo lo cual, si bien parece evidente, en la práctica resulta más desafiante que la propia elaboración de un cuerpo legal, aun considerando las tensiones y concesiones políticas que se deben sortear en su derrotero.

Dicho lo anterior, en primer lugar nos abocaremos a exponer el panorama actual en materia de fiscalización ambiental, advirtiendo que, aun cuando reconocemos el rol fundamental que poseen otros instrumentos de gestión ambiental tales como los planes de prevención y descontaminación, las normas de calidad ambiental y las normas de emisión, este trabajo se centrará en el control de proyectos o actividades que ingresaron al sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), o bien, que correspondía que lo hicieran. Hecho lo anterior, esperamos

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile.

dejar en evidencia algunas circunstancias que nos resultan preocupantes pues se erigen como falencias relevantes del sistema, para posteriormente esgrimir algunos mecanismos que deberían potenciarse o profundizarse, con el fin de acercarnos a un escenario más equilibrado, entendiendo por tal uno en que la vigilancia ambiental sea más eficaz. Asimismo, y para coadyuvar tal objetivo, plantearemos la necesidad de requerir mayor participación a los titulares de proyectos o actividades que hayan obtenido una resolución de calificación ambiental (RCA) favorable, abriendo un puente de discusión en relación a los tópicos enunciados.

2. Perspectiva de la fiscalización ambiental

2.1. Breve revisión de la estructura fiscalizadora

Nuestro ordenamiento jurídico, con la dictación de la Ley N° 20.417, ha visto como se incorporó un agente que vino a tomar una posición fundamental en el ámbito del control. Como someramente enunciamos en el apartado anterior, importantes dificultades en el ejercicio de las funciones de los órganos con competencia de fiscalización ambiental fueron factores importantes para justificar la reforma. Así, el mensaje presidencial del referido cuerpo legal es claro sobre este punto: *"El actual modelo de funcionamiento de la institucionalidad ambiental se basa principalmente en la coordinación de instituciones para la operación de instrumentos de gestión ambiental. Cuando dichos instrumentos no existen, la coordinación se hace altamente dificultosa, generando en la mayoría de las ocasiones omisión de la intervención o derechamente ineficiencia.*

Al analizar la distribución de funciones regulatorias, normativas y fiscalizadoras para cada uno de los componentes ambientales, se desprende que en cada una de éstas tienen injerencia dos o más servicios públicos o ministerios sectoriales.

Adicionalmente, cada uno de éstos tiene una visión sobre el recurso desde el punto de vista del sector que representa, lo que en muchas ocasiones genera conflictos entre dos o más sectores sobre la protección del recurso, lo que termina produciendo, finalmente, competencias sobrepuestas entre distintos sectores y disputas sobre la correcta aplicación de las regulaciones y normas de cada uno de estos, dando señales equivocas a la comunidad y al sector privado"[2].

De esta manera, en términos simples, de conformidad a los artículos 2° y 3° de su ley orgánica[3], la SMA es la entidad pública que concentra las facultades

2 Historia de la Ley N° 20.417, página 11.

3 Lo cual debe relacionarse con el artículo 64 de la Ley N° 19.300, en cuanto señala que *"La fiscalización del permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se han aprobado o aceptado los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, de las medidas e instrumentos que establezcan los Planes de Prevención y de Descontaminación, de las normas de calidad y emisión, así como de los planes de manejo establecidos en la presente ley, cuando correspondan, será efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente de conformidad a lo señalado por la ley"*.

de fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, pudiendo efectuarla por sí misma, bien coordinándola mediante la participación de otros servicios públicos con competencia ambiental, o también contratando a terceros para que ejerza las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento[4], estableciéndose de esta manera una inmensa diferenciación con el sistema anterior.

En este sentido, y para alejarse de experiencias pasadas, se intentó delimitar con nitidez los ámbitos de competencia de la SMA, en relación a los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, indicando el precitado artículo 2°, en sus incisos 2° y 3° que éstos "(…) *conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia.*

Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización".

Sobre este mismo punto resulta relevante revisar lo expuesto por la jurisprudencia administrativa[5]: *"cabe concluir que, a partir del 28 de diciembre de 2012, la autoridad sanitaria, dado su carácter de organismo sectorial, sólo debe fiscalizar los instrumentos de gestión ambiental en comento* [los referidos en el artículo 2° de la ley orgánica de la SMA]*, en la medida que esa Superintendencia* [del Medio Ambiente] *le encomiende la ejecución de las inspecciones, mediciones y análisis que se requieran para el cumplimiento de los programas y subprogramas de fiscalización, para lo cual ha de ajustarse a los criterios que aquella fije en relación a la forma de desempeñar tales labores"*.

Por otra parte, es pertinente dar cuenta que se conformó la Red Nacional de Fiscalización Ambiental (RENFA), la cual es integrada por 16 organismos con competencias en la materia[6], teniendo por objetivo establecer sinergias en la función que desempeñan tales entidades, en aras de desarrollar un trabajo coordinado y

4 Ver artículos 16 a 21 y 24, de la Ley N° 20.417.

5 Dictamen N° 25.081, de 2013, de la Contraloría General de la República

6 Estos son: Superintendencia Servicios Sanitarios; Dirección Intereses Marítimos y Medioambiente Acuático; Dirección General de Aguas; Dirección de Vialidad; Corporación Nacional Forestal; Servicio Agrícola Ganadero; Servicio Nacional de Geología y Minería; Comisión Chilena de Energía Nuclear; Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; Subsecretaría de Pesca; Servicio Nacional de Pesca; Consejo de Monumentos Nacionales; Subsecretaría de Transportes; Subsecretaria Salud Pública; Superintendencia de Electricidad y Combustibles; y Superintendencia del Medio Ambiente.

eficiente en el uso de los recursos del Estado[7]. Sin lugar a dudas será interesante analizar el resultado de dicha plataforma, pero, en atención a su reciente instauración (segundo semestre del año 2014), estimamos apresurado una evaluación en esta oportunidad. Sin perjuicio de ello, sí podemos anticipar que la RENFA, en pos de la prosecución de sus fines y de conformidad a lo que expondremos más adelante, debería profundizar su interacción con las municipalidades de alguna forma en que se genere un dialogo próspero y efectivo.

2.2. Objeto de fiscalización y complejidades prácticas

Aproximadamente 14 mil resoluciones de calificación ambiental, 10 planes de prevención y descontaminación, y más de 35 normas de calidad y emisión[8].

La mera enunciación de tales instrumentos de gestión ambiental da luces suficientes para entender a qué nos enfrentamos. Ello se profundiza aún más si consideramos que la materia objeto de control no se agota ahí, pues existen un sinnúmero de actividades que, pese a que correspondía su ingreso al SEIA no cumplieron con dicha obligación[9]; lo que también es predicable respecto de las modificaciones a los proyectos o actividades que cuentan con una RCA y que debían ser evaluados ambientalmente por enmarcarse dentro de las situaciones previstas en el artículo 10 de la Ley N° 19.300. Lo mismo sucede con aquellos proyectos o actividades que se fraccionan con el fin de eludir o alterar –a sabiendas- su ingreso al SEIA. Todo esto se encuentra dentro del ámbito de fiscalización de la SMA, de conformidad al artículo 3°, letras i), j) y k), de su ley orgánica.

Sobre el particular, y con el fin de ilustrar lo señalado anteriormente, es dable hacer referencia al desarrollo del complejo "Santiago Downtown"[10], de la empresa Inmobiliaria Alameda 2001 S.A., emplazado a un costado de la Torre Entel en la comuna de Santiago, y que, de conformidad a lo informado por el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA), previo requerimiento de la SMA, y a lo resuelto en definitiva por ésta última[11], se trata, en términos simples, de un

7 Franz (2014) p. 1.

8 Franz (2014) p. 4.

9 Lo expuesto es sin perjuicio de que existen otros mecanismos que en el marco de su ejecución implicarán que una determinada actividad ingrese al SEIA, tales como los informes sanitarios o las recepciones definitivas de obras, en virtud de los cuales la autoridad, para extender el correspondiente acto administrativo, requerirá el cumplimiento de las normas ambientales, y en su caso, que el titular cuente con su respectiva RCA.

10 Si bien el 2° Tribunal Ambiental resolvió, mediante sentencia de fecha 22 de mayo de 2014, que la SMA debió tramitar lo concerniente a sí correspondía o no que el proyecto ingresara al SEIA en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, igualmente los antecedentes de hecho y consideraciones de derecho ventilados en la causa Rol R-15-2013 son especialmente interesantes para sustentar el punto que exponemos.

11 Ver informe de la SMA, de 29 de octubre de 2013, en la referida causa Rol R-15-2013.

proyecto de siete etapas que desde un comienzo (año 1999) se concibió como una unidad, pero que al fraccionarse en su desarrollo no se dieron los supuestos para ingresar el SEIA, mas considerado en su totalidad sí correspondía. Vale decir, durante el transcurso de una década se ejecutó un desarrollo inmobiliario a escasos metros del palacio de La Moneda sin que servicio público alguno reparara en la irregularidad del mismo. Dicho ello nos permitimos formular nuevamente algunas preguntas ¿Qué posibilidades efectivas tienen los organismos con competencias ambientales de controlar actividades que no cuentan con RCA en lugares remotos, más cuando consideramos que se trata de temas altamente técnicos y complejos, que no necesariamente implican una afectación manifiesta y evidente del medio ambiente? ¿Cómo podrá fiscalizar certeramente la SMA que titulares con decenas de RCA respeten a cabalidad las medidas impuestas en las mismas o que todos los aspectos de una determinada industria están cubiertos por el SEIA?

Luego, para seguir aportando elementos prácticos al análisis del escenario en que se desarrolla la fiscalización ambiental podemos resaltar otro elemento importante a considerar, que dice relación con quiénes serán los que en definitiva ejecuten las funciones institucionales. La SMA cuenta con alrededor de 40 funcionarios para desarrollar las labores relativas directamente a fiscalización[12]. Luego, es del caso recordar que ellos deben ejercer las tareas de control de cerca de 14 mil RCA. De esta manera, las simples matemáticas dejan de manifiesto la dificultad para acometer tal rol.

En esta misma línea, a la SMA le corresponde controlar el nivel de cumplimiento de los planes de prevención y descontaminación atmosférica (PPDA). Sobre ello, basta con revisar el desempeño observado por la Contraloría General de la República, la cual, mediante sus informes de auditoría N°s 83/2009 y 181/2012, relativos al PPDA para la Región Metropolitana, detectó prácticamente un centenar de incumplimientos. Es decir, la tarea es ardua.

Probablemente se podría contra argumentar que tal circunstancia fue prevista y que prueba de ello es la instauración del sistema de los subprogramas de fiscalización. Dicho eso, podemos realizar el mismo ejercicio nuevamente, considerando por ejemplo[13] la Dirección General de Aguas (DGA), la cual, de conformidad a las atribuciones y funciones que establece el artículo 299, letras c) y d) del Código de Aguas, debe ejercer la policía y vigilancia de las aguas en cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa de la autoridad y que se extraigan aguas

12 Información extraída del sitio web de la SMA, publicada en el Link: "Gobierno Transparente", disponible en: http://www.sma.gob.cl/transparencia/2014/per_contrata.php

13 Este reporte lo podríamos realizar respecto de todos los organismos con competencias de fiscalización ambiental, pero nos referiremos sólo a la entidad señalada, para no extendernos innecesariamente.

de los mismos cauces, sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda; y a su vez, en virtud de los referidos subprogramas, se verá conminada a ejercer labores de fiscalización de instrumentos de gestión ambiental, contando, para satisfacer los objetivos propios de su Servicio y además la función de control ambiental, con alrededor de 15 funcionarios[14].

Es posible agregar otros elementos que son conocidos por quienes trabajan en esta área. Esos mismos funcionarios recién señalados, en realidad, además de cumplir labores de fiscalización, en la inmensa mayoría de los organismos sectoriales ambientales también deben apoyar otras materias complejas, como la evaluación ambiental de proyectos.

De esta manera, en nuestra opinión, es evidente que si bien en abstracto el sistema de programas y subprogramas de fiscalización ambiental parece correcto y apunta en el sentido esperable, en la práctica vemos que nuestra estructura institucional dista bastante de poseer la capacidad instalada para cumplir a cabalidad las obligaciones que les han sido impuestas por las distintas normas que la regulan. A mayor abundamiento, sobre este punto podemos evocar lo prevenido por el profesor Rafael Asenjo Zegers, en cuanto planteó la debilidad del diagnóstico que precedió a la modificación normativa de nuestro sistema ambiental, apuntando que ni siquiera se formularon las preguntas de fondo que debían analizarse para acometer tal empresa[15].

2.3. Sobre los métodos de fiscalización y su control

Sin pretender aventurarnos en revisar propiamente los aspectos técnicos de las metodologías establecidas tanto por la SMA como por los distintos organismos sectoriales para desarrollar las auditorías, inspecciones y mediciones en materia ambiental, sí es posible resaltar la importancia que tienen aquellas para una ejecución estandarizada de éstas, ya que, solo al unísono de sistemas predefinidos y uniformes, será factible contar con información confiable y consistente que sirva de insumo para iniciar, por ejemplo, un procedimiento administrativo sancionatorio[16], para la toma de decisiones en materia de política de control ambiental, determinar el estado de cumplimiento de los PPDA, etc. Sobre el particular, tal como se desprende

14 Información extraída del sitio web de la DGA, publicada en el Link: "Gobierno Transparente", disponible en <http://transparencia.dga.cl/dotacion/contrata/2014/11plantillacontrata.html>

15 Asenjo (2009) p.231.

16 En este punto al ser conscientes del estándar de revisión que la nueva justicia ambiental ha ido estableciendo en sus distintos pronunciamientos (Ver: Los Tribunales Ambientales y la Superintendencia del Medio Ambiente: Una revisión ineludible a más de un año de funcionamiento), es posible avizorar que si se expone ante ella que en la región X, a diferencia de la región Y, las mismas emisiones del contaminante Z quedan fuera de norma sólo en atención a variaciones en la metodología aplicada, la cual es distinta al que sigue la otra región con la cual se compara, sin lugar a dudas sería un aspecto que podría poner en tela de juicio las conclusiones del Servicio, y por ende, en riesgo el resultado de un eventual proceso sancionatorio.

de lo expuesto, si bien los ámbitos de fiscalización ambiental se suscitan en distintos planos, la autoridad pública debería tender a unificar sus criterios en todos ellos[17], haciéndose la prevención que no debe dejar de atenderse las particulares circunstancias de los proyectos a fiscalizar, en especial en cuanto al factor territorio, toda vez que este elemento incide directamente en distintos aspectos, como lo es la aplicación o no de un PPDA, el cambio de las características ambientales, etc.

A este respecto, para simplificar su entendimiento es importante tener presente que la homologación de las metodologías las podríamos distinguir en dos aspectos: 1) Para definir las prioridades y determinar qué será lo fiscalizado; 2) Para establecer cómo se desarrollarán técnicamente las mediciones y análisis, es decir bajo qué protocolos.

Así, encontramos distintas fuentes (legislativas, reglamentarias e incluso mediante resoluciones emitidas por servicios con competencia ambiental) que establecerán cánones a seguir por parte las industrias y actividades, siendo deseable –tal como la SMA busca[18]- que los controles se realicen bajo las mismas metodologías, en aras de que la información recopilada, bien sea por un organismo sectorial, la SMA, o un particular, pueda conversar multidireccionalmente, agregando valor a la función fiscalizadora, siendo más importante aún que los criterios de evaluación de las autoridades administrativas –basados en un acabado conocimiento normativo y en adecuados sistemas de registro de información- estén estandarizados a nivel nacional.

Por otra parte, la SMA ha intencionado que las definiciones de los subprogramas de fiscalización sean establecidas previa coordinación con los organismos sectoriales, propendiendo a una mirada holística de la problemática. No obstante, no se logra apreciar cuál es su objetivo, pues la SMA, en la resolución que los establece da meras indicaciones generales del número de actividades que deberán realizar cada uno de los organismos sectoriales[19], al mismo tiempo de señalar los recursos que transferirá para ello, pero no podemos dejar de advertir el riesgo implícito si es que la SMA descansa tal disquisición derechamente en los organismos sectoriales o les deja un rango demasiado amplio, pues, la verdad sea dicha, aquello es visto más como una sobrecarga a sus labores naturales que

17 Podemos encontrar que algunas industrias están sometidas a regulaciones especiales, como lo es el caso de las termoeléctricas, las que en virtud del Decreto Supremo N° 13, de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, deben informar periódicamente sus emisiones. Sobre el particular, lo propio es establecido en otros instrumentos, como lo es el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana, sancionado por el Decreto N° 66, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y también podemos apreciar que existen RCA que disponen la misma obligación. De esta manera, insistimos que lo esperable es que las metodologías de las mediciones que se realizan en estos distintos planos, deben tender a una absoluta unificación, dentro de lo técnicamente posible.

18 Ver "Ciclo de programación" de la División de Fiscalización de la SMA, de marzo de 2015.

19 Resolución exenta N° 769, de 23 de diciembre de 2014, que fija programas y subprogramas de fiscalización ambiental de resoluciones de calificación ambiental para el año 2015.

como una obligación prioritaria y "propia" del Servicio, generándose incentivos perversos para situarlos en un segundo nivel.

Probablemente, luego de observada la breve experiencia desde la instauración de la SMA, se pueda avanzar en el sentido de dejar establecido en la propia ley de presupuestos de cada año los recursos que serán destinados a cada organismo sectorial con competencias fiscalizadoras ambientales, haciendo alusión en específico a esta función, toda vez que la experiencia nos indica que un argumento recurrente por parte de aquellos es no contar con disponibilidad presupuestaria para ejecutar tales tareas y que las transferencias efectuadas por la SMA son insuficientes, razón por la cual, para asegurar que éstas se desarrollen adecuadamente se podrían prever con la antelación suficiente para que puedan establecerse en dicho cuerpo normativo, lo que impediría –al menos sin incurrir en infracción administrativa- que los Servicios destinen tales fondos a otras cuestiones que no apunten a un ejercicio horizontal de una función que sólo podrá ser exitosa en cuanto sea desarrollada coordinadamente por todos los órganos públicos involucrados.

Para cerrar este punto, es interesante hacer mención a que no se contempló en el texto final de la Ley N° 20.417 que los jefes de servicio de los organismos sectoriales serán sujeto de responsabilidad administrativa en caso de no dar estricto cumplimiento a los subprogramas dictados por la SMA, lo cual hubiese sido una útil herramienta para presionar a mejorar su desempeño[20]. En la fase de discusión parlamentaria se promovieron dos maneras para ello. Una, que fuera la propia SMA la que estableciera su responsabilidad[21], lo que tendría bastante sentido y hubiese venido a cerrar con mayor peso su función coordinadora, estableciendo a su vez facultades de apremio, de las cuales en definitiva carece. La segunda, que fuera la Contraloría General de la República la que luego del correspondiente procedimiento disciplinario pudiese sancionar al jefe superior del servicio con una multa equivalente a una remuneración mensual[22], medida ajena a los catálogos disciplinarios prevenidos en los estatutos de mayor aplicación, pero que sin duda, por su cuantía, hubiese sido un aliciente importante para propender a mayores niveles de cumplimiento.

20 Prueba práctica de ello es la experiencia observada con la aplicación de la Ley N° 20.285, la cual, tanto en materia de transparencia activa como pasiva hace responsable directamente al jefe superior del servicio, lo que ha implicado que incluso a nivel municipal, con todas las limitaciones de recursos que éstas puedan poseer, se hayan logrado niveles de cumplimiento bastante satisfactorios, y en los casos de alcaldes de municipios con bajos niveles de desempeño, luego que han sido inculpados en sumarios administrativos por eventuales infracciones a dicho cuerpo normativo, se han incrementado exponencialmente sus porcentajes de observancia. Ver "Jurisprudencia sancionatoria. Ley de Transparencia 2009-2014". Dirección de Fiscalización del Consejo para la Transparencia. Julio de 2014.

21 Historia de la ley, página 214. Indicación de la señora Pascal y de los señores Accorsi y Vallespín.

22 Historia de la ley, página 1.142. Indicación N° 799 del señor Allamand.

Como ninguno de tales sistemas prosperó, a la fecha no se cuenta más que con el sistema general de responsabilidad administrativa, la que eventualmente podría ser determinada por la Contraloría General de la República, probablemente a requerimiento y denuncia de la SMA, pero que culmina con una medida que es aplicada por quien posee la potestad disciplinaria y no por dicha entidad superior de control, es decir, por el superior jerárquico del jefe del organismo sectorial, lo que en definitiva le resta potencia a esta herramienta.

2.4. El estado de la situación ambiental a nivel municipal

Si bien es un tema para ser tratado en un estudio por separado, de manera sucinta procuraremos enaltecer el rol de las municipalidades en el marco jurídico ambiental de nuestro país, no siendo necesario más que una breve enunciación de algunas atribuciones que les han sido dadas en un cuerpo normativo básico, como lo es la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), que sufrió algunas modificaciones por la ya referida Ley N° 20.417, haciendo algunas alusiones a la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).

De esta manera, la LOCM en la letra b) de su artículo 4°, al referirse a las funciones de las corporaciones edilicias contempla: *"La salud pública y la protección del medio ambiente"*; para luego, en su artículo 5° establecer que *"Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de otros organismos públicos, las municipalidades podrán colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites comunales",* lo cual debe coordinarse con lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley N° 19.300, en cuanto señala que *"...las municipalidades recibirán las denuncias que formulen los ciudadanos por incumplimiento de normas ambientales y las pondrán en conocimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente para que ésta les dé curso"*.

Agrega la letra d) del referido artículo 5° que cuentan con la atribución de: "*Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular"*, lo que debe relacionarse con uno de los objetivos del proyecto de la Ley N° 20.417[23], que señalaba que una nueva unidad de medio ambiente, aseo y ornato debería "*Elaborar el anteproyecto de ordenanza ambiental. Para la aprobación de la misma, el concejo podrá solicitar siempre un informe fundado del Ministerio del Medio Ambiente*", lo cual fue incorporado en definitiva por dicho cuerpo legal en el artículo 25 de la LOCM.

Es dable detenernos en este último punto, toda vez que los municipios casi no lo han utilizado, concentrándose en algunas regulaciones orientadas al tratamiento de residuos y de ciertos bienes públicos o municipales concesionables o sujetos a permisos, pero poco o nada respecto a gestión ambiental propiamente tal, o respecto

23 Historia de la Ley N° 20.417, página 18.

a su fiscalización (al menos de manera sistémica y no con meras alusiones aisladas), pudiendo inferirse que históricamente se ha confundido la función ambiental con las propias del aseo municipal.

Enseguida, igualmente es necesario apuntar que esta atribución reguladora debe ser entendida en su justa medida. La jurisprudencia administrativa reiteradamente ha señalado que *"...la función de protección del medio ambiente que pueden llevar a cabo los municipios, debe enmarcarse dentro de la normativa vigente, de tal manera que dichas ordenanzas de ningún modo pueden desconocer las condiciones mínimas aseguradas por la ley o por las disposiciones dictadas por los órganos competentes en materia ambiental"*[24]. Así, el marco que pueden fijar estas entidades de derecho público no puede establecer mayores requisitos o restricciones para el ejercicio de las actividades económicas, sino que debe encontrar la forma de encuadrarse dentro de un campo predefinido por los órganismos administrativos centrales y por los cuerpos normativos del ramo. Igualmente, cabe tener presente que a las municipalidades, además de los bienes propios, les corresponde la administración de ciertos bienes nacionales de uso público, lo que implica que pueden otorgar concesiones o permisos sobre los mismos, y precisamente en ejecución de la referida potestad reglamentaria, podrían restringir ciertas actividades o proyectos no otorgando tales concesiones o permisos bajo el argumento que se podría causar detrimento al medio ambiente[25].

No obstante, estas entidades edilicias poseen limitadas facultades sancionatorias, toda vez que, en caso de determinarse la infracción a una obligación que se haya impuesto en alguna ordenanza, el procedimiento, de conformidad al artículo 12 de la LOCM, consiste en poner los antecedentes en conocimiento del juzgado de policía local respectivo, pudiendo aplicarse una multa de hasta 5 UTM, la cual es a todas luces insuficiente, ya que no cumple con poseer un rol disuasivo ni realmente castigador respecto de titulares de proyectos que se desenvuelven en industrias millonarias. Por tanto, y como profundizaremos más adelante, la vertiente a tomar se direcciona en actuar coordinadamente con la SMA.

Ahora bien, de todas formas no hay que olvidar que las municipalidades tienen la legitimación activa para accionar en casos de daño ambiental acaecidos en su territorio comunal, de acuerdo al artículo 54 de la Ley N° 19.300.

Por otra parte, no es posible dejar de mencionar la participación que les cabe en el marco del SEIA, como lo es en virtud del artículo 9° *ter* de la Ley N° 19.300, en cuanto podrán influir en dicho proceso señalando si el proyecto o actividad se relaciona con los planes de desarrollo comunal. Aún más relevante es su participación

24 Dictámenes N°s 50.409, de 2012, y 86.870, de 2014, de la Contraloría General de la República.

25 Gajardo (2009) p. 93.

en este campo desde el punto de vista de la función urbanística de los municipios. De esta manera, según establecen los artículos 8° y 25 *bis* del cuerpo legal recién referido, la municipalidad deberá pronunciarse sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado a evaluación ambiental, no pudiendo otorgar el director de obras municipales la correspondiente recepción definitiva mientras el titular no acredite contar con una RCA favorable en caso que se trate de algún proyecto o actividad contemplado en el artículo 10 de dicho estatuto normativo.

Luego, y desde un punto de vista más organizacional, la visión urbana que posean estas entidades también es fundamental, pues por su intermedio se decidirá la demarcación de la comuna[26], con la consabida relevancia que ello tiene para el desarrollo de distintos proyectos y actividades, los cuales deberán conformarse con los usos de suelo y demás regulaciones urbanísticas que se establezcan en los correspondientes instrumentos de planificación territorial, lo que suele ser una cuestión crucial en el desarrollo de los mismos.

Para finalizar, daremos cuenta de una de las potentes atribuciones contempladas en la ley General de Urbanismo y Construcciones, en específico, en el inciso 2° de su artículo 62, en cuanto señala que *"Las industrias mal ubicadas* [en cuanto a usos que no se condigan con los instrumentos de planificación territorial] *que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional Correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año"*.

En suma, de acuerdo a la breve revisión efectuada, es claro que el mundo municipal tiene bastante que decir y aportar en materia ambiental.

3. Posibles medidas para profundizar el desarrollo de la fiscalización ambiental

3.1 La coordinación con las municipalidades

Si bien pueden ser muchas las fórmulas que se esbocen para acometer el objetivo planteado, es decir, mejorar el escenario de control en materia medioambiental, en atención a lo expuesto en el apartado anterior nos parece de primera necesidad que la SMA estreche lazos con los municipios, pues no hay

26 De acuerdo al artículo 5° de la LOCM les corresponde *"k) Aprobar los planes reguladores comunales y los planes seccionales de comunas que formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal, y pronunciarse sobre el proyecto de plan regulador comunal o de plan seccional de comunas que no formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal. l) Aprobarlos planos de detalle de los planes reguladores comunales y de los planes seccionales"*.

que olvidar una característica de la mayor importancia práctica, cual es que son las organizaciones de administración local más cercanas a los lugares donde se desarrollan los distintos proyectos y actividades que deben ser fiscalizados.

Para hacer más gráfico este punto, podemos formular como hipótesis que en caso que un ciudadano advierta alguna actividad que dañe de manera importante o inusual el medio ambiente, lo más probable es que no tenga conocimiento de una flamante SMA premunida de potentes herramientas para revisar aquello, como tampoco que existe una serie de organismos ambientales sectoriales miembros de la RENFA, por lo que recurrirá a la entidad de organización administrativa más cercana, es decir, a su municipalidad.

Luego, el peso de asumir la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental ha recaído principalmente en la SMA, razón por la cual es esta repartición la que deberá crear las condiciones para que los municipios adquieran las capacidades para recibir y procesar adecuadamente una denuncia de tal naturaleza, creando canales efectivos de comunicación y acceso fluido a información y soporte claro y preciso.

Sobre el particular, es importante reiterar que en esta fase ya hemos superado la etapa normativa y de creatividad legislativa, encontrándonos en la instancia en que se ejecutan las atribuciones que posee la administración activa, razón por la cual asumir que al contar las municipalidades con funciones coadyuvantes de fiscalización en materia ambiental, y que en su oportunidad deberán remitir los antecedentes que reciban a la SMA, sólo porque así ha sido establecido legalmente, no es más que pecar de inocencia y desconocer la realidad del ámbito municipal, en que múltiples responsabilidades y funciones tan disimiles, tales como las de administración, finanzas, desarrollo comunitario y transparencia, no es extraño que se encuentren concentradas en un solo funcionario.

No tomar peso y conciencia de aquello implicará que la SMA pierda la posibilidad de fomentar una asociación estratégica con un sector que puede resultar determinante para multiplicar la presencia de control en todo el territorio nacional.

Por lo mismo, como anticipamos, sería deseable que en el desarrollo evolutivo de la RENFA se considere una participación más activa y relevante de las corporaciones edilicias. Así, resulta claro que éstas últimas están generando iniciativas orientadas a la problemática medioambiental. Demostración palmaria de ello son las distintas asociaciones de municipios que poseen como centro esta temática, como la Asociación de Municipalidades de la Región de Los Ríos para el Manejo Sustentable de Residuos y la Gestión Ambiental; la Asociación de municipalidades Paisajes de Conservación para la Biodiversidad de la Región de Los Ríos; Asociación de Municipalidades para el Desarrollo de la Apicultura,

el Turismo y el Medio Ambiente, en la Zona de Amortiguación de la Reserva Nacional Llanquihue, Parque Alerce Andino y Parque Nacional Hornopirén, de la Región de Los Lagos; la Asociación Municipal para la Sustentabilidad Ambiental[27]. Precisamente, puede ser por intermedio de la propia Asociación Chilena de Municipalidades, que posee la virtud de agrupar a todas las comunas del país, que podría construirse un puente de retroalimentación en el sentido expresado, y así propender a revertir la falta de participación efectiva de las entidades edilicias en el SEIA[28].

3.2. Mayor participación y cargas a los titulares de una RCA favorable

El titular de un proyecto o actividad en operación debería asumir mayores cargas en el ejercicio de su proceso productivo, precisamente en atención al bien jurídico del cual está disponiendo, sujetándosele a la obligación de certificar, mediante el control técnico de un tercero idóneo para ello, el cumplimiento de las medidas que se le hayan impuesto en la correspondiente RCA.

En concreto, se propone dar un paso más allá respecto de los terceros acreditados ya contemplados en nuestro sistema, que en la práctica tienen una imporatancia residual, sin haberse posicionado como una herramienta real de fiscalización, lo cual no podía ser de otra manera, al consagrarse con esa mirada en la ley orgánica de la SMA, lo que es claro al revisar su artículo 24: "*Cuando determinadas acciones de fiscalización contempladas en los programas y subprogramas no puedan ser llevadas a cabo, sea por insuficiencia operativa de los organismos sectoriales o por otra causa justificada, serán encomendadas por la Superintendencia a las entidades técnicas acreditadas de conformidad a esta ley…".*

De esta manera, al referirnos a terceros certificadores, es importante tener presente que lo hacemos desde otro paradigma, en el cual, sin perjuicio de la subsistencia de los actualmente contemplados en la Ley Nº 20.417, una "nueva clase de terceros" pasarían a constituirse como un mecanismo de generalizada aplicación con el objeto de incrementar exponencialmente las posibilidades de control, proporcionando información tecnicamente procesada a la SMA; sistema que sería soportado financieramente por quienes generan las cargas ambientales a fiscalizar, de conformidad a lo que se desarrollará más adelante.

Es posible advertir que el SEA en ciertas oportunidades ha adoptado como usanza incorporar dentro de las medidas impuestas por una RCA que el titular deba

27 Ver registro único de asociaciones municipales con personalidad jurídica de derecho privado, actualizado al 27 de mayo de 2014, de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.

28 Henríquez y Barton (2012) p. 273.

reportar determinada información de forma periódica. Para algunas industrias esto ha sido establecido mediante la potestad reglamentaria de la autoridad, como lo es en el caso de las centrales termoeléctricas, las que deben presentar a la SMA un reporte de monitoreo continuo de sus emisiones de manera trimestral[29]. No obstante, estimamos que hacer de ello un mecanismo que tienda a ser la regla general, contribuiría de forma decidida a mejorar el escenario de fiscalización ambiental. Por lo demás, es conveniente que ello esté previsto y regulado en un cuerpo normativo propiamente dicho, y no que dependa del parecer y buen criterio de la autoridad administrativa, considerando además que estaríamos aplicando una nueva carga a los titulares, con todo el peso jurídico que implica.

Por último, tal como ocurrió con los terceros incorporados por la actual normativa, debería definirse de manera clara quienes podrían ejercer dicha labor certificadora, siendo importante tener a la vista precisamente ese precedente, y así procurar el establecimiento de requisitos de ingreso e incompatibilidades razonables, pero sin dejar de contemplar incentivos correctos, para que de esa forma el mercado se interese más que como ha sucedido con los referentes recién indicados.

Planteado ello, revisaremos someramente los argumentos en que se fundamenta tal hipótesis.

3.2.1. En cuanto a los principios de derecho ambiental

El derecho ambiental posee un umbral cada vez más bajo, toda vez que el ambiente, dado la finitud de sus componentes, ha pasado a constituir un bien escaso y por lo tanto de mayor valor, incluso reverenciable, que para ser traspuesto requiere de una genuflexión especialmente pronunciada[30]. Concepciones como la expuesta sirven de cimento para la construcción dogmática del derecho ambiental, incluso en su visión más antropocéntrica, y si bien no nos detendremos en ese análisis en esta instancia, tenerlo presente le da sustento al mecanismo propuesto.

Reiteramos, los distintos instrumentos de gestión ambiental conforman un universo dificilísimo de abarcar, aún con el apoyo de los organismos ambientales sectoriales e incluso considerando una eventual profundización en el trabajo con las municipalidades. Ante ese escenario, debemos propender a desplegar medidas que concreticen algunos principios del derecho ambiental, como lo son el preventivo y el contaminador-pagador. En cuanto al primero de estos, es obvio que resulta más eficaz y eficiente para la gestión ambiental prever eventuales menoscabos o detrimentos, que posteriormente restaurarlos o repararlos[31], y dentro de los atributos de la fiscalización –al menos de una eficiente- encontramos precisamente poseer una

29 Ver nota al pie Nº 17

30 Astorga (2014) p. 13.

31 Astorga (2014) p. 14.

naturaleza preventiva, desde el vértice de disuadir el cometimiento de las conductas antijurídicas que buscamos controlar[32].

Enseguida, en relación al segundo principio citado, éste corresponde a la internalización de las externalidades negativas de los proyectos o actividades por parte del contaminador. Luego, tal principio es el fundamento jurídico de los tributos ambientales[33], los cuales pueden tener finalidades de ordenamiento y no necesariamente recaudatorios[34], tal como ha expresado el propio Tribunal Constitucional al resolver que el tributo *"si bien es un instrumento esencialmente recaudador, ello no impide que pueda ser utilizado por el legislador para alcanzar otros fines"*[35], lo que en materia ambiental debe vincularse con el artículo 47 de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, en cuanto se ha previsto la posibilidad de establecer instrumentos económicos para propender a la protección del medioambiente.

Por otra parte, el concepto de tributo deviene en variadas nomenclaturas y formas, presentándose éstas como tasas, patentes, impuestos, etc., pero en general todas éstas apuntan a un mismo fin: Que sean los contaminadores quienes asuman el costo de las medidas tendientes a prevenir y reparar el daño ambiental que producen, sin que ello se trate de una sanción (que es la consecuencia jurídica de una infracción a cierta norma), sino que nos encontramos ante una carga pública[36-37].

Para cerrar este punto, podemos dar cuenta de la experiencia comparada en relación al tema del financiamiento de la fiscalización ambiental, pudiendo apreciarse que, en general, sin perjuicio del auto-monitoreo contemplado en buena parte de los sistemas extranjeros, es el Estado el que asume el costo de desarrollar tal función, salvo en el Reino Unido, donde la entidad a cargo del control, si bien recibe recursos del gobierno central, al ser insuficientes, entre otras medidas, aplica una cuota anual de subsistencia a los titulares de los proyectos o actividades para cubrir los costos de inspección, monitoreo del cumplimiento y ejecución[38].

32 Sobre el particular, relativizamos las afirmaciones de algunos autores que afirman que el acento, en cuanto al principio preventivo, está en la función *ex ante* de la administración, es decir, en el régimen de permisos, restándole peso a la fiscalización, ya que parte fundamental de aquella fase es establecer el marco en que determinada actividad deberá desarrollarse, y en los hechos, si ello no va acompañado de un adecuado control, existen incentivos perversos para incurrir en incumplimientos, que restarán eficacia a lo establecido en la etapa de la evaluación de los proyectos, por lo que el control posterior debe ser considerado dentro de la prevención como un complemento necesario dentro de esa etapa previa.

33 Mateluna (2005) p. 20.

34 Mateluna (2005) p. 97.

35 Matus (2013) p. 191.

36 Matus (2013) p. 21.

37 Matus (2013) p. 24.

38 Dictuc (2012) p. 18.

3.2.2. En cuanto a la justicia ambiental

Exigir a los titulares que contribuyan y asuman parte de los costos originados en sus actividades, al menos en una mayor medida a lo hecho actualmente, se presenta como un tema de justicia ambiental en cuanto su arista relacionada con el tratamiento justo en la aplicación de las normas ambientales, lo que implica, entre otras cosas, que ningún grupo de personas debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales[39].

Con ello en vista, no poder controlar con aceptable eficacia el uso de ciertos bienes demaniales, con todo el peso político y jurídico que ello conlleva, y además, que en dicho proceso se esté contaminando y generando importantes cargas ambientales incuantificables, pero que sin lugar a dudas son soportadas por quienes se encuentran localizados en el área de influencia de la industria, se aleja de la aspiración de dar a cada uno de los actores involucrados lo que les corresponde, y por tanto, se opone al concepto de justica en su significación más básica y elemental, en cuanto virtud cardinal, lo que de manera intuitiva y natural ha contribuido al pronunciado y reiterado rechazo de las comunidades al desarrollo de proyectos que son tan necesarios para el país.

3.2.3. En cuanto al beneficio para los titulares de proyectos o actividades

El hecho de ser cada vez más frecuentes las gerencias de sustentabilidad, sostenibilidad, relaciones comunitarias, etc., demuestra que las empresas están asignando un mayor valor al medioambiente y sus implicancias, ya que obviarlo es abonar a un escenario de conflictos, los que pueden generar altísimos costos para la empresa, por ejemplo, al entorpecerse la generación de nuevos proyectos, afectarse sus operaciones habituales, dañarse la imagen corporativa, perder respaldo político, bajar su cotización en el mercado de valores, etc.

En este sentido, el respeto a la normativa vigente y a lo establecido por sus respectivas RCA resulta fundamental, y para que ello sea debidamente percibido, corresponde despejar la opacidad que se cierne sobre las operaciones industriales, a las que históricamente se les ha acusado de abusar de los recursos naturales y hacer uso de ellos por sobre el marco de lo que se les ha permitido en sus correspondientes permisos y concesiones.

Una forma de apartar tales cuestionamientos es otorgar mayor seguridad de que los titulares se ceñirán al molde predeterminado por la autoridad administrativa, por existir, entre otras cosas, un sistema de control eficaz y capaz de detectar los incumplimientos de manera oportuna.

39 Disponible en <http://www.epa.gov/espanol/saludhispana/justicia.html>

Nuestro sistema de fiscalización aún no se ha posicionado de manera tal que pueda ofrecer dichas garantías a la sociedad, pero creemos que para eso es necesario que los organismos con competencia ambiental cuenten con herramientas que les permitan acometer sus obligaciones, y un mecanismo que sin duda contribuiría a ello es recibir información certificada de los niveles de cumplimiento de las obligaciones a las que están sujetos los titulares, por estas entidades privadas independientes, y con aquella podrán adoptar las decisiones del caso contando con mayores antecedentes.

Por otra parte, estimamos que no es factible, por motivos económicos y prácticos, que la referida certificación tenga lugar respecto de todas las RCA, toda vez que para ciertas empresas de tamaño pequeño ello implicaría un costo demasiado alto de afrontar en circunstancias que, precisamente por ser actividades supuestamente menores, las cargas ambientales que generan en general también deberían serlo. Además, no vemos plausible que el mercado privado tenga la capacidad instalada para ofrecer estos servicios respecto de las miles de RCA vigentes. Por tanto, debería ser el SEA, en el marco de la evaluación de los impactos ambientales, la entidad que determine qué proyectos o actividades estarán sujetos a esta obligación mediante el establecimiento de criterios claros y objetivos.

3.2.4. En cuanto a este sistema en nuestro ordenamiento jurídico

El mecanismo propuesto, la verdad sea dicha, no resulta de gran novedad en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que es posible encontrar experiencias de naturaleza análoga, lo cual no viene más que a avalar que dicha clase de herramientas no es ajena a nuestra tradición jurídica.

De esta manera, la función pública de control ambiental sería desarrollada, junto a la SMA y a los organismos sectoriales, por entidades privadas, en cuanto éstas estarían encargadas de certificar el cumplimiento de obligaciones ambientales, y sus mediciones tendrían el mismo valor que las muestras tomadas por un funcionario público, aun cuando los costos asociados a tales auditorías sean soportados directamente por los titulares de los proyectos o actividades.

Dicho ello, ante eventuales prejuicios o resquemores que puedan deslizarse respecto a esta herramienta, por el hecho de depender en terreno de entidades privadas, estimamos pertinente destacar que el servicio público no es una actividad prohibitiva de los organismos públicos. A título ejemplar podemos a sacar a colación a la Corporación Nacional Forestal (CONAF), que si bien es una corporación de derecho privado, históricamente ha recibido un trato de órgano público.

Asimismo, encontramos otras múltiples entidades privadas que cumplen funciones de la mayor relevancia y que su aporte al área en que se desempeñan podemos calificarlo como exitoso.

Entre ellas están las Juntas de Vigilancia, las que, de conformidad al inciso 1° del artículo 266 del Código de Aguas: *"tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales, conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que les encomiende la ley"*.

De la transcripción anterior, queda de manifiesto la importancia de su rol en una materia tan sensible como es el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de agua, y si bien hay conciencia de que tales organizaciones deben ser perfeccionadas –más que en cuanto a su estructura, en realidad respecto a la preparación de sus integrantes-, nos sería imposible visualizar un sistema en que tal función sea extraída de estos particulares y sea depositada en aparatos estatales que deban distribuir el recurso en los miles y miles de afluentes, día a día, hora a hora.

Por su lado, el artículo 10 de la Ley N° 19.713, que Establece como Medida de Administración el Límite Máximo de Captura por Armador a las Principales Pesquerías Industriales Nacionales y la Regularización del Registro Pesquero Artesanal, establece en sus incisos 1° y 2° que: *"Los armadores pesqueros industriales o quienes éstos faculten, deberán entregar la información de captura por viaje de pesca a que se refiere el artículo 63 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, certificada por una Entidad Auditora acreditada por el Servicio Nacional de Pesca.*

La forma, requisitos y condiciones de la certificación y acreditación de las Entidades Auditoras, será establecida por Resolución del Servicio".

Asimismo, el Decreto Supremo N° 298, de 2005, que Aprueba Reglamento para la Certificación de Productos Eléctricos y Combustibles, y Deroga Decreto que Indica, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en su artículo 6° señala: "*Cualquiera sea el origen de los productos, éstos deberán certificarse previo a su comercialización en el país, mediante alguno de los sistemas de certificación indicados en el artículo 5° del presente reglamento, conforme con los protocolos de ensayos establecidos por la Superintendencia*", para luego indicar en el artículo 8°: "*El Certificado de Aprobación sólo podrá ser otorgado por un Organismo de Certificación autorizado o reconocido por la Superintendencia, para un producto o una familia de productos determinada*".

Por último, podemos citar el caso de los revisores independientes de obras, quienes se encuentran encargados de revisar anteproyectos, proyectos y obras de

construcción con el objeto de verificar que cumplan con todas las disposiciones legales, reglamentarias y de los instrumentos de planificación territorial, de acuerdo a lo consagrado en los artículos 116 *bis*, 116 *bis* A y 144, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

En suma, como se desprende de las breves referencias anteriores, es posible afirmar que tales sistemas poseen las mismas justificaciones, en cuanto a los motivos de su instauración, que el mecanismo propuesto en este trabajo, las que a modo de cierre podríamos resumir en: a) la necesidad de contar con el ejercicio de una función; b) una imposibilidad práctica de que ella sea desarrollada por la administración pública de manera adecuada; y c) el deber de asumir los costos –o al menos parte de ellos- por parte de quien genera dicha necesidad.

4. Conclusiones

Hemos puesto sobre la mesa algunos cuestionamientos que suelen ocupar una segunda línea en el derecho ambiental chileno, el que tradicionalmente ha focalizado su atención en el proceso relativo a la evaluación ambiental de proyectos, restándole gravitancia a las materias vinculadas a la fiscalización, lo cual estimamos que no hace más que debilitar al sistema y desconocer los atributos del control, en cuanto función que contribuye al aseguramiento de las definiciones alcanzadas en dicha fase.

De esta manera, un adecuado sistema de fiscalización es una herramienta potente para que las medidas determinadas en una RCA sean mucho más que una mera exhibición de conocimiento técnico y esfuerzo, por parte de las autoridades ambientales y de los titulares de las actividades o proyectos ingresados al sistema.

No obstante, de los antecedentes presentados es posible concluir que las dificultades prácticas se encuentran en cada lugar posible, bien por la innumerable cantidad de instrumentos a fiscalizar, bien por las limitaciones propias de los organismos públicos, por lo que se hace necesario configurar mecanismos que permitan dar oportuno remedio a tal estado de las cosas, que podríamos catalogar como de riesgo ambiental.

Dicho eso, además de una profundización de instituciones fundamentales, como lo son el acceso a la información ambiental y la participación ciudadana (respecto de las cuales no pudimos detenernos en el análisis de sus alcances en cuanto a la función del control, por ser temas que requerirían de un estudio por separado para lograr acercarnos a un tratamiento adecuado), estimamos que dentro de las soluciones se encuentra trabajar en el desarrollo de lazos más significativos con las entidades que más cerca se encuentran de los proyectos, es decir, de los

municipios, los cuales parecieran estar relegados a jugar un rol de segundo orden, pero en realidad están premunidos de copiosas atribuciones, las que de ser ejercidas en toda su dimensión podrían redundar positivamente en el sistema, resultando necesario un despertar en tal sentido.

Asimismo, se plantea la posibilidad de otorgar mayores responsabilidades a los titulares de los proyectos o actividades, quienes son en definitiva los que se beneficiarán en desmedro del medioambiente, lo que si bien no es *a priori* algo necesariamente indeseado o antijurídico, sí lo será desde el momento en que se salgan del marco preestablecido por la autoridad ambiental competente, traduciéndose aquello en soportar los costos económicos de ser auditados por terceros independientes, los que, en el ejercicio de una función pública, certificarían la conformidad de las operaciones de los titulares a sus respectivas RCA.

En suma, lo relevante es abrir la discusión para considerar nuevas alternativas que contribuyan al ejercicio de la función de fiscalización en materia ambiental. Sin lugar a dudas son tareas complejas, pero de su cumplimiento depende en buena parte el éxito de nuestro sistema jurídico ambiental.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Asenjo Zegers, Rafael (2009): *Institucionalidad pública Ambiental: ¿Aplicación o transformación?* Revista de Derecho Ambiental Año III, N° 3. Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: pp. 225-232.

Astorga, Eduardo (2014): *Derecho Ambiental Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Legal Publushing).

Centro de Derecho Ambiental (2014): *Los Tribunales Ambientales y la Superintendencia del Medio Ambiente: Una revisión ineludible a más de un año de funcionamiento.* VII Actas de las Jornadas de Derecho Ambiental: pp. 603-631

Consejo para la Transparencia, Unidad de Seguimientos de Decisiones y Sumarios (2014). *"Jurisprudencia sancionatoria. Ley de Transparencia 2009-2014"*. Disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20121213/asocfile/20121213161557/informe_jurisprudencia_1.pdf

Dictuc S.A., Gestión y Política Ambiental (2012). *Desarrollo de un modelo de representación del riesgo ambiental de proyectos o actividades con resolución de calificación ambiental (RCA) a nivel nacional*. Estudio solicitado por la Superintendencia de Medio Ambiente. Disponible en: http://www.sma.gob.cl/files/MORA-Informe_Final_Corregido.pdf

Franz, Cristian (2014). Discurso *"Lanzamiento RENFA-2014"*. Disponible en: file:///Users/dmartinezb/Documents/Discurso%20Superintendente%20RENFA.pdf

Gajardo Falcón, Jaime (2013): *Rol normativo del Municipio en la protección del medio ambiente. Análisis y perspectivas del derecho municipal chileno* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Municipales, Universidad Autónoma de Chile).

Henríquez, Cristian y Barton, Jonathan (2012). *"Fortalecimiento de la gestión ambiental ambiental. Concurso de políticas públicas PUC, 2012*": pp 247-278. Disponible en: http://politicaspublicas.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion.archivo_adjunto.b52dd2f51675a299.50524f505545535441532050415241204348494c452d4469676974616c2e706466.pdf.

Historia de la Ley N° 20.417, del 26 de enero de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

MATELUNA PÉREZ, Rodrigo (2005): Derecho Tributario y Medio Ambiente. Posibilidad constitucional de establecer tributos ambientales en Chile (Santiago, Editorial Lexis Nexis).

MATUS, Marcelo (2013). "Tensiones normativas en torno a la incorporación de impuestos en la regulación ambiental". Disponible en http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art07.pdf.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2013). Evacua informe ante Iltmo. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, de 29 de octubre, en causa Rol R-15-2013. Disponible en: http://consultas.tribunalambiental.cl/ambiental_portal/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?q=qwwvEXYDPdGeq/+h7eqnh1hbVh/XbCL2aAyNePhIwyDnv8L2jZc9vTKmSNIDv4smQ7hpKxcsWettOKuavi7N1qW8dlksAkwYkeqDu 4FFgHk=

NORMAS CITADAS

Decreto Nº 100, de 2005, del 22 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.

Decreto N° 66, de 2009, del 16 de abril de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Revisa, Reformula y Actualiza Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana (PPDA).

Decreto con Fuerza de Ley Nº 478, de 1975, del 13 de abril de 1976, aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1.122, de 1981, del 29 de octubre de 1981, que fija Texto del Código de Aguas

Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2006, del 26 de julio de 2006, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Decreto Supremo N° 298, de 2005, del 1º de febrero de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Aprueba Reglamento para la Certificación de Productos Eléctricos y Combustibles, y Deroga Decreto que Indica.

Decreto Supremo N° 13, de 2011, del 23 de junio de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece norma de emisión para centrales termoeléctricas.

Ley N° 19.300, del 9 de marzo de 1994, Aprueba ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley N° 19.713, del 25 de enero de 2001, que Establece como Medida de Administración el Límite Máximo de Captura por Armador a las Principales Pesquerías Industriales Nacionales y la Regularización del Registro Pesquero Artesanal.

Ley N° 20.285, del 20 de agosto de 2008, sobre Acceso a la Información Pública.

Ley Nº 20.417, del 26 de enero de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Resolución exenta N° 769, de 23 de diciembre de 2014, que fija programas y subprogramas de fiscalización ambiental de resoluciones de calificación ambiental para el año 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

JURISPRUDENCIA CITADA

Inmobiliaria Alameda 2001 S.A. contra la Superintendencia del Medio Ambiente (2014):
Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 22 de mayo de 2014.

Dictamen N° 50.409, de 2012, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 25.081, de 2013, de la Contraloría General de la República.

Dictamen Nº 86.870, de 2014, de la Contraloría General de la República.

EVOLUCIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA DE LAS PERTINENCIAS DE INGRESO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Benjamín Mondragón Fischer[1]

1. Introducción

En lo que respecta al desarrollo de proyectos de inversión, la práctica ha demostrado que, casi invariablemente, los proyectos que son sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") y obtienen una Resolución de Calificación Ambiental ("RCA") favorable, no son completamente ejecutados o construidos de acuerdo a lo ofrecido o señalado en el proceso de evaluación ambiental.

Esta situación responde a una característica inherente de esta clase de proyectos que debe someterse al SEIA: la mutabilidad. En efecto, muchos de los proyectos que son aprobados sufren alteraciones una vez que han obtenido su RCA, las que se motivan en mejoras en el diseño o ingeniería del proyecto, eficiencias, nuevas tecnologías, etc.

Sin embargo, lo señalado en el artículo 8° de la Ley N° 19.300 en cuanto a que "*Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental…*", invita a pensar que la mutabilidad inherente a los proyectos o actividades se encuentra reconocida en la legislación ambiental, ordenando que las modificaciones deban ser evaluadas de forma previa a su ejecución, dando cumplimiento así al principio preventivo que informa todo el ordenamiento jurídico ambiental.

La solución a lo anterior es bastante sencilla cuando la modificación causa impactos ambientales no evaluados anteriormente, pues no existe otra alternativa que presentar un nuevo estudio o declaración de impacto ambiental, de acuerdo al artículo 11 de la Ley N° 19.300. Así, frecuentes han sido los proyectos sometidos al SEIA que han tratado de aumento en las capacidades de la actividad principal, modificación de localización de obras, aumento en el número de obras, etc. A modo de ejemplo se puede citar el caso del proyecto minero "Pascua Lama", que modificó su proyecto original a través de un nuevo Estudio de Impacto Ambiental ("EIA"), debido a un aumento en la capacidad de explotación y beneficio del mineral, así como el caso del proyecto "Agroindustrial del Valle del Huasco", que por medio de una Declaración de Impacto Ambiental ("DIA") modificó la ubicación de la planta digestora, entre otros muchos casos.

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile.

Con todo, no es sencilla la solución cuando no se tiene claridad si las modificaciones provocarán nuevos impactos ambientales. Sin embargo, la práctica administrativa-ambiental generó una solución a través de las denominadas pertinencias de ingreso al SEIA, extensamente utilizadas por los titulares cuando por diversas circunstancias debían modificar de manera menor sus proyectos ya aprobados ambientalmente. Adelantamos que esta institución tiene por objeto obtener un pronunciamiento de la autoridad ambiental respecto de si las modificaciones a un proyecto deben ser sometidas o no al SEIA.

Respecto de esta institución[2] centraremos el presente estudio, en razón a ciertas novedades que introdujo el nuevo Reglamento del SEIA ("RSEIA") y un reciente Dictamen de la Contraloría General de la República sobre el tema, que modificó el entendimiento que se tenía sobre los efectos jurídicos que generaba una respuesta a la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA.

En lo que sigue, se intentará describir el origen y desarrollo que ha tenido la pertinencia de ingreso al SEIA, se distinguirán las diversas clases de pertinencias y sus elementos principales, y se expondrá la evolución de la regulación –o desregulación- de esta institución, poniendo énfasis en los efectos jurídicos de la respuesta a la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA.

2. Origen y desarrollo de la pertinencia de ingreso al SEIA

Nuestra joven legislación ambiental obliga a concluir que la institución de la pertinencia de ingreso al SEIA no puede ser anterior a la dictación de la Ley N° 19.300. En efecto, previo a la entrada en vigencia de este cuerpo normativo no existía en Chile un proceso sistematizado de evaluación preventiva de impactos ambientales, y en consecuencia, no existía una resolución administrativa que autorizara ambientalmente a ejecutar los proyectos o actividades.

Con todo, la Ley N° 19.300 no regulaba ni mencionaba en ninguno de sus artículos la pertinencia de ingreso al SEIA. No obstante lo anterior, la práctica administrativa-ambiental originó esta figura, llegando a convertirse en el principal instrumento mediante el cual los titulares lograban adecuar sus proyectos sin contravenir su RCA.

Esta desregulación continuó bajo la vigencia del primer RSEIA (Decreto Supremo N° 30/1997), pues en éste no se trataba la pertinencia de ingreso al SEIA.

2 Es necesario precisar que la institución que se estudia es la pertinencia de ingreso al SEIA de las modificaciones a un proyecto o actividad, y no la pertinencia de ingreso de un nuevo proyecto o actividad al SEIA en observancia del artículo 10 de la Ley N° 19.300, o la pertinencia de ingreso al SEIA a través de una DIA o EIA, según corresponda de acuerdo al artículo 11 de la misma ley.

Esta situación se mantuvo luego que se modificará el RSEIA por medio del Decreto Supremo N° 95/2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento que se encontró vigente hasta el 23 de diciembre de 2013.

Respecto de lo anterior, cabe preguntarse cómo es que una figura no reconocida a nivel normativo adquiere tanta importancia práctica. Sin embargo, esta figura no reconocida en la legislación ambiental no es sino una manifestación de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República, y allí radica su fundamento jurídico, en el derecho de petición que todo ciudadano tiene ante la Administración[3].

A su vez, durante el periodo de vigencia del anterior RSEIA (D.S. N° 95/2001) se dictaron diversos documentos e instructivos de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente ("CONAMA") y de su sucesora, la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental ("SEA"), que intentaron regular esta figura.

En efecto, en julio de 2008, CONAMA emite una guía denominada "Criterios para Decidir sobre la Pertinencia de Someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) la Introducción de Cambios a un Proyecto o Actividad". En este documento se explica qué debe entenderse por cambio de consideración, a raíz de la definición de modificación proyecto contenido en el RSEIA. Esta es la primera vez que la autoridad intenta definir este concepto, que resulta fundamental en esta figura[4].

Luego, en septiembre de 2010, CONAMA dicta el Oficio Ordinario DJ N° 103050, que imparte instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso de proyectos o actividades al SEIA. En este documento se encuentran definiciones de ciertos conceptos, se señalan los antecedentes que debe contener una solicitud de pertinencia, se indica la tramitación y se imparten instrucciones a la Administración. Asimismo, este documento trae adjunta la guía señalada en el párrafo anterior. Con este documento la figura de la pertinencia de ingreso al SEIA fue tomando forma, tanto teórica como práctica.

Casi tres años más tarde, y como consecuencia del dictamen N° 7.620, de la Contraloría General de la República, que vino a otorgarle una naturaleza jurídica distinta a la respuesta de pertinencia de ingreso al SEIA, se modificó el instructivo de Septiembre de 2010 mediante Ordinario N° 131049, de julio de 2013, de la Dirección Ejecutiva del SEA. Por medio de esta modificación se le dio una nueva calificación al acto administrativo que responde una consulta de pertinencia, estableciendo también formas de impugnación y temas formales de publicidad.

3 En el capítulo 3 se profundiza sobre el Art. 19 N° 4 como fundamento de la pertinencia de ingreso al SEIA.

4 En el capítulo 3 se profundiza sobre el concepto "cambio de consideración".

Una de las principales novedades en el desarrollo de esta institución desregulada la constituyó la promulgación del Decreto Supremo N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece un nuevo RSEIA, que comenzó a regir el 24 de diciembre de 2013. En este RSEIA se profundiza la definición de "modificación de proyecto" al agregarse qué es lo que se entiende por "cambio de consideración", conceptos claves para entender esta institución.

Por otro lado, en este RSEIA por primera vez se reconoce normativamente la pertinencia de ingreso al SEIA, al señalar en su artículo 26 que *"Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia"*.

En atención al nuevo RSEIA, la Dirección Ejecutiva del SEA se vio en la necesidad de uniformar criterios y sistematizar las definiciones y regulaciones que se habían dictado a través de instructivos del SEA y dictámenes de Contraloría con el nuevo RSEIA. En consecuencia, el 12 de septiembre de 2013 se dicta el Ordinario N° 131456, que vuelve a impartir instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso al SEIA. Este documento constituye la más reciente regulación respecto a esta figura y sistematiza lo señalado con anterioridad, convirtiéndose en el principal documento regulador de esta institución.

Si bien se puede observar una evolución en la regulación de esta figura a través del tiempo, aún quedan ciertos aspectos que generan incertidumbre en los titulares de proyectos, sobre todo en lo que respecta a los efectos jurídicos de una respuesta de pertinencia de ingreso al SEIA, las que se intentarán abordar en lo que sigue.

3. Fundamento, definición, conceptos y elementos de la pertinencia de ingreso al SEIA

Antes de pasar a revisar los efectos jurídicos de la respuesta a una pertinencia de ingreso al SEIA, conviene detenerse a entender la base teórica de esta figura.

3.1. Distinción de los tipos de pertinencia en la normativa ambiental

En primer lugar podemos encontrar la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, respecto de si la realización de un determinado proyecto o actividad debe ser

sometido a éste. Este tipo de consultas de pertinencias se realiza cuando el proyecto o actividad no se ha ejecutado ni se ha evaluado ambientalmente, y por tanto, no existe una RCA. A su vez, esta especie de consultas supone un área gris en la cual el desarrollador de un proyecto o actividad no tiene claridad si éste se encuentra dentro del listado del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

En segundo término, y como una subespecie de la categoría descrita en el párrafo anterior, se observa la consulta de pertinencia de ingresar al SEIA a través de una DIA o EIA. En este caso, la persona que desea ejecutar un proyecto o actividad no ha llegado a la convicción de si su proyecto presenta los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, y por tanto puede someterlo a consulta del organismo competente.

Por último, el tipo de pertinencia que constituye el objeto de este estudio es la consulta de pertinencia de ingresar al SEIA la modificación del proyecto o actividad ya evaluada ambientalmente. En estos casos, el titular de un proyecto que ha sido evaluado ambientalmente, y por tanto posee una RCA, decide modificar el proyecto, ya sea proponiendo la implementación, complementación, eliminación, disminución de obras, actividades, instalaciones o medidas. Ante la duda de si dichas modificaciones deben ser sometidas a evaluación, el titular consulta la pertinencia de ingresar al SEIA.

3.2. Fundamento jurídico de la pertinencia de ingreso al SEIA

Tal como fuera mencionado en las primeras líneas de este trabajo, la figura de la pertinencia de ingreso al SEIA estuvo por mucho tiempo desregulada. Sin embargo, no por lo anterior carece de fundamento jurídico.

En efecto, la consulta de pertinencia encuentra su fundamento en el Derecho de Petición establecido en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República, el cual garantiza *"El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes*".

En virtud de esta garantía constitucional, los administrados tienen el derecho de dirigirse a la autoridad para solicitar información de cualquier tipo, ya sea de interés público o privado, sin mayores limitaciones, por lo que su ejercicio procede ante cualquier autoridad y por todo tipo de solicitudes.

Debe tenerse presente, sin embargo, que este derecho constitucional no significa que la autoridad se encuentre obligada a aceptar la solicitud, sino sólo a contestar. Asimismo, al no establecerse un plazo, no se aplican las reglas del silencio administrativo contempladas en la Ley N° 19.880[5].

5 CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. "Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Debe-

Así, la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA que realiza una persona natural o jurídica no es sino el reflejo del ejercicio de este derecho constitucional, y sería errado considerar que esta figura no tiene sustento jurídico. En respaldo de lo anterior se pronunció la Dirección Ejecutiva del SEA, al indicar que *"...ésta además constituye una manifestación del derecho de petición, consagrado en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República y, específicamente, del ejercicio del derecho de las personas, en sus relaciones con la Administración…conforme a lo dispuesto en el artículo 17 letra h) de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado*"[6] .

En vista de lo anterior, podemos concluir que la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA es un derecho fundamental de los administrados, en virtud del cual se le solicita a la autoridad se pronuncie respecto de la procedencia de someter a evaluación ambiental las modificaciones de un proyecto o actividad.

3.3. Definiciones

Previo a definir los conceptos, debe indicarse que la figura de la pertinencia de ingreso al SEIA se compone de dos actos jurídicos distintos: la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, acto jurídico que se fundamenta en el derecho de petición; y la respuesta a una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, acto administrativo emanado del SEA.

(i) Consulta de pertinencia de ingreso al SEIA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 26 del RSEIA, se trataría de una solicitud de un proponente de pronunciamiento de la autoridad sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, una modificación de proyecto o actividad debe someterse al SEIA.

Sin embargo, en el Ordinario N° 131456 de la Dirección Ejecutiva del SEA encontramos una definición más completa y que recoge desarrollo práctico de la institución. En este sentido, se le ha definido como "*aquella petición de un proponente, dirigida al Director Regional o Director Ejecutivo del SEA, según corresponda, mediante el cual se solicita un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse al SEIA*".

res y Garantías" (EdicionesUniversidad Católica de Chile, 2003), pp. 401-402.

6 Ordinario N° 131456/2013, 12 de septiembre de 2013, Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental.

(ii) Respuesta a la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA

El Ordinario N° 131456 de la Dirección Ejecutiva del SEA la define como "… *un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 inciso 6° de la Ley N° 19.880, que se traduce en un dictamen o declaración de juicio, constancia o conocimiento, el cual, sobre la base de los antecedentes proporcionados por el proponente, da cuenta de una opinión respecto de si la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse de manera previa y obligatoria al SEIA".*

La definición anterior es producto de la evolución y desarrollo de la figura que se estudia, pues recoge partes de definiciones anteriores y agrega ideas y conceptos que fueron introducidos mediante dictámenes de Contraloría.

3.4. Conceptos claves

Como se ha venido señalando, la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA tiene por objeto obtener un pronunciamiento de la autoridad ambiental respecto de si las modificaciones a un proyecto o actividad debe ser sometido al SEIA. En consecuencia, resulta imprescindible entender qué se entiende por modificación de proyecto o actividad.

El concepto "modificación de proyecto o actividad" ha estado regulado desde el primer RSEIA del año 1997, por lo que no es un concepto desregulado o extraño a la legislación ambiental. En el nuevo RSEIA se define este concepto en el artículo 2 letra g), señalándose que es la "*realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que éste sufra cambios de consideración*".

De la definición anterior queda claro que para estar frente a una modificación de proyecto o actividad los cambios deben ser de consideración. Así, surge la duda de qué se entiende por "cambios de consideración".

En contraposición a lo que ocurría con el concepto "modificación de proyecto", el "cambio de consideración" no era un concepto definido en la legislación ambiental. En julio de 2008, CONAMA emitió una guía denominada "Criterios para Decidir sobre la Pertinencia de Someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) la Introducción de Cambios a un Proyecto o Actividad", siendo el primer documento en el cual se establece lo que se entiende por cambios de consideración, pero seguía sin estar reconocido a nivel normativo.

Recién mediante la entrada en vigencia del RSEIA, en diciembre de 2013, el concepto "cambio de consideración" adquirió rango normativo. En el mismo

artículo 2° letra g) se establece que: "*se entenderá que un proyecto o actividad sufre cambios de consideración cuando:*

g.1. Las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;

g.2. Para los proyectos que se iniciaron de manera previa a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad de manera posterior a la entrada en vigencia de dicho sistema que no han sido calificados ambientalmente, constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento.

Para los proyectos que se iniciaron de manera posterior a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras y acciones que no han sido calificadas ambientalmente y las partes, obras o acciones tendientes a intervenirlo o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;

g.3. Las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad; o

g.4. Las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente".

En caso que la modificación que se desea realizar quepa dentro de una de estas causales, la modificación es estimada de consideración, y por tanto, debe ser evaluada ambientalmente antes de ejecutarse, en cumplimiento del artículo 8° de la Ley N° 19.300.

Cabe destacar que el Ordinario N° 131456 de la Dirección Ejecutiva del SEA viene acompañado de un anexo que entrega información valiosa para los titulares a la hora de determinar si las modificaciones que pretenden realizar son de consideración o no. Además, en este anexo se señala expresamente cuando la modificación no es de consideración, indicando que "*cuando la intervención o complementación del proyecto se refiere a obras de mantención o conservación, reparación o rectificación, reconstitución, reposición o renovación"* no es una modificación de consideración.

3.5. Partes intervinientes en la pertinencia de ingreso al SEIA

El actor que inicia el procedimiento es el consultante de la pertinencia de ingreso al SEIA, en ejercicio de su derecho fundamental de petición. Cabe señalar que el consultante puede ser tanto una persona natural como una

persona jurídica, incluyendo en estas últimas todo tipo de figuras societarias, corporaciones, fundaciones, el Fisco, etc. A este consultante se le ha denominado proponente.

Asimismo, es fundamental que quien presente una solicitud de consulta de pertinencia de ingreso al SEIA pretenda ejecutar modificaciones a un proyecto o actividad. En este sentido, no es proponente quien sin tener la intención de ejecutar modificaciones a un proyecto o actividad, pretende establecer si un tercero ha incurrido en infracción de normas relativas a la necesidad de someter al SEIA las modificaciones.

Por el otro lado se encuentra el Servicio de Evaluación Ambiental, antiguamente la Comisión Nacional del Medio Ambiente, que debe ponderar los antecedentes entregados y dar respuesta a la consulta.

Sin embargo, cabe preguntarse quién es el competente para conocer de la consulta, teniendo en consideración que el Servicio de Evaluación Ambiental es un órgano funcionalmente descentralizado, que se desconcentra territorialmente a través de Direcciones Regionales de Evaluación Ambiental.

Para responder lo anterior uno debe analizar cuál sería el organismo competente para evaluar ambientalmente el proyecto o actividad, o las modificaciones de éste, y dicha autoridad será la competente para conocer de la consulta de pertinencia.

En esta misma línea se pronunció la Contraloría General de la República, señalando que "*si la autoridad sectorial competente tiene dudas acerca de si el proyecto o actividad en que incide el permiso que se le solicita es de los mencionados en el antes citado artículo 10, si está sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental, debe, junto con admitir a trámite la solicitud, coordinarse con la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, según el caso, para que ella resuelva lo que corresponda, toda vez que de acuerdo a lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 8° de la citada ley N° 19.300, esas entidades son las encargadas de la administración del sistema, y de la coordinación de los organismos involucrados en el mismo*"[7].

En consecuencia, será competente para conocer de las consultas de pertinencias la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental en cuyo territorio se desea ejecutar el proyecto o actividad sometido a consulta de pertinencia. A su vez, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 9 inciso 2° de la Ley N° 19.300, si el proyecto o actividad sometida a consulta de pertinencia se

7 Contraloría General de la República, dictamen N° 12.176, de fecha 7 de septiembre de 1999.

localiza en más de una región, será competente para conocer de ella el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

Esta conclusión se ve confirmada por la redacción del artículo 26 del RSEIA, al señalar que "…*los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental"*. La frase "según corresponda" refleja la distinción que debe realizarse en los casos en que el proyecto o actividad que pretende modificarse se encuentre en una o más regiones.

Finalmente, es posible que en este procedimiento intervengan otros servicios de la Administración con competencias ambientales, en la medida que las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo del SEA, según corresponda, requieran de sus informes.

4. Efectos que produce la respuesta a la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA

Tal como ya fuera mencionado, la figura de la pertinencia de ingreso al SEIA se compone de dos actos sucesivos: la consulta de pertinencia y la respuesta a la consulta de pertinencia. El primero de estos actos no produce mayores efectos que generar la obligación de la Administración de contestar la consulta, como lo establece el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República. Sin embargo, son muchos más complejos los efectos jurídicos y prácticos que se derivan de una respuesta a la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA.

Dentro de estos efectos, deben distinguirse a su vez los que provienen de un pronunciamiento que establece la necesidad de ingresar al SEIA, de los que establecen que no hay necesidad de ingresar al SEIA. En efecto, en los casos en que la autoridad ambiental establece que la modificación propuesta debe someterse al SEIA, el acto administrativo es vinculante para el titular del proyecto, debiendo someter a evaluación ambiental la modificación que pretende realizar previo a su ejecución.

4.1. Evolución en el tiempo

Debe destacarse que los efectos que produce el pronunciamiento de la autoridad ambiental que establece que la modificación propuesta no debe someterse a evaluación ambiental se han ido desarrollado a lo largo de la vida de la institución y ha generado el principal debate respecto a esta institución.

Esta situación responde a la evolución y desarrollo propio de la institución que se estudia, que se mantuvo desregulada por bastante tiempo antes de que fuera recogida en instructivos en primer lugar, y luego en el RSEIA de manera superficial.

Siendo así la situación, en un principio se entendió que el pronunciamiento que señalaba que la modificación propuesta no debía ingresar al SEIA era un acto administrativo de juicio que daba cuenta de una opinión sobre la aplicabilidad de determinadas normas jurídicas a una situación concreta. Se entendía, además, que al ser un acto administrativo de juicio, no constituía un acto resolutivo o de decisión[8].

Esta definición de la naturaleza jurídica que se dio en un determinado momento generó que tanto titulares como Administración entendieran que la respuesta a la consulta de pertinencia no tenía la capacidad de modificar la RCA, pero si era oponible a otros órganos de la Administración y permitía al titular desarrollar o ejecutar la modificación propuesta, incluso si esto significa infringir de alguna manera lo establecido en la RCA.

Esta fue la interpretación que en la práctica siguieron las autoridades y muchos proyectos o actividades fueron desarrollándose en base a respuestas de pertinencias de ingreso al SEIA que iban complementando o modificando el proyecto o actividad original.

Sin embargo, el dictamen N° 80.276 de Contraloría, de fecha 26 de diciembre de 2012, vino a poner fin a esta interpretación, estableciendo criterios administrativos para entender los efectos de una respuesta de consulta de pertinencia de ingreso al SEIA.

En resumidas cuentas, el caso que estaba conociendo Contraloría trataba de una modificación que pretendía realizar Minera Los Pelambres a su proyecto "Proyecto Integral de Desarrollo", aprobado mediante RCA N° 38/2004, en orden a cambiar la ubicación de un Parque Rupestre (medida de compensación) en donde se exhibirían elementos de valor arqueológico. Dicha consulta de pertinencia de ingreso al SEIA se había realizado a la Dirección Regional del SEA de la Región de Coquimbo, la cual se pronunció en el sentido de establecer que la modificación no era de consideración, y que por tanto dicha modificación no debía someterse al SEIA.

Al respecto, Contraloría señaló que "*el titular del "Proyecto Integral de Desarrollo" deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución exenta N° 38, de 2004, dentro del cual se encuentra la construcción e instalación de un Parque Rupestre en el Monte Aranda, de modo que si desea reemplazar esa medida por otra -como lo sería el traslado del aludido parque a otro lugar-,*

8 Oficio Ordinario DJ N° 103050, de fecha 23 de septiembre de 2010, Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

tendrá que solicitar que se modifique ese acto administrativo ante la Comisión de Evaluación...". Asimismo, establece que la decisión del SEA regional de considerar que la modificación no debía ingresar al SEIA "*no constituye una modificación de ese acto administrativo* -(RCA)-*, ni tampoco habilita al titular del citado proyecto a no dar cumplimiento a la exigencia del referido parque*".

Como puede observarse, el dictamen va en sentido contrario a la interpretación que se la había dado a las respuestas de consultas de pertinencias de ingreso al SEIA. De acuerdo a lo manifestado por Contraloría, una respuesta a una consulta de pertinencia de ingreso al SEIA no podría nunca modificar, aclarar o restringir la RCA, puesto que este acto administrativo es el producto de un procedimiento reglado, y su alteración por medios no previstos en este procedimiento infringiría el principio de juridicidad.

4.2. Interrogantes prácticas que deja la interpretación de la Contraloría General de la República

En nuestra opinión, el dictamen recién citado es correcto en la aplicación de principios generales de derecho administrativo a una figura desregulada. Sin embargo, dada la extensa aplicación que los titulares le habían otorgado, el dictamen viene a sembrar más dudas que certezas, lo que está lejos de ser el anhelo de la Administración en materia medioambiental.

En primer término, cabe preguntarse si todo tipo de propuestas de modificaciones producen este efecto de no habilitar al titular a no dar cumplimiento a lo estrictamente señalado en su RCA. Este cuestionamiento es válido toda vez que el dictamen de Contraloría trata de un caso particular en que el titular de un proyecto quería modificar una medida de compensación.

En este sentido, ¿el pronunciamiento de Contraloría habrá establecido que la modificación vía pertinencia de ingreso al SEIA de una medida de compensación –y por extensión las de mitigación y reparación- no produce el efecto de modificar la RCA, pero modificaciones de la descripción del proyecto si habilitarían al titular a no dar cumplimiento a lo señalado en la RCA respecto de la descripción de proyecto?

Al respecto, cabe señalar que el RSEIA actual es clarísimo al señalar en su artículo 2 letra g.4 que será considerado un cambio de consideración cuando "*Las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente"*. Por tanto, una modificación sustantiva a las medidas de mitigación, reparación y compensación siempre van a ser considerados modificaciones de proyecto, por lo que deben ser previamente evaluadas ambientalmente.

Respecto de una modificación de la descripción de proyecto, no se encuentra diferencia a lo señalado por Contraloría para el caso de la medida de compensación, pues su argumentación es genérica en el sentido de señalar que la RCA no se puede alterar por medios no previstos en el procedimiento, y por tanto, como la descripción de proyecto es parte de la RCA, no se vislumbra alguna diferencia formal con el caso de las medidas de mitigación, reparación, compensación.

En segundo lugar, qué debe hacer un titular que ejecutó o construyó su actividad o proyecto de acuerdo a una respuesta de pertinencia de ingreso al SEIA anterior al dictamen de Contraloría, dado que, de acuerdo al criterio de Contraloría, ningún titular estaría habilitado a no dar cumplimiento a su RCA por el hecho de haber obtenido un pronunciamiento del SEA que señalara que la modificación propuesta no debía ser ingresada al SEIA.

En este caso va a ser fundamental el criterio que aplique la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") al fiscalizar el cumplimiento de las RCA de los proyectos. En nuestro opinión, y esperamos que así sea, la SMA debería aceptar las modificaciones vía pertinencia que se hicieron con anterioridad al dictamen de Contraloría y que ya estén construidas y/o ejecutadas, reconociendo así la legítima confianza en que actuaron estos titulares.

Por último, y quizás la pregunta práctica más importante que se están haciendo los desarrolladores de proyectos ¿qué valor se le puede otorgar hoy en día a la pertinencia de ingreso al SEIA? ¿De qué sirve la opinión del SEA sobre el no ingreso al SEIA de una modificación de proyecto si no se puede ejecutar?

De acuerdo a lo señalado por Contraloría, sólo el órgano que emitió la RCA puede modificarlo, en el caso de las RCA serían las actuales Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo del SEA, según corresponda. De seguir este criterio, la respuesta a la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA debiera ser un antecedente más que tuviera a la vista la Comisión de Evaluación al conocer de la modificación de la RCA. Sin embargo, no se avizora en la legislación ambiental una causal para modificar la RCA por causa de una pertinencia de ingreso al SEIA[9].

Con todo, se aprecia un pequeño especio donde la pertinencia seguirá teniendo aplicación, el cual lo constituye aquellas propuestas de modificaciones de no consideración que no tengan por objeto alterar o contravenir la RCA, ni dejar de hacer algo o construir algo señalado en la RCA, sino que impliquen la adición de obras, actividades o capacidades, pues en dichos casos el titular de todos modos deberá cumplir con su RCA.

---

9 Las causales de modificación de una RCA están establecidas en el artículo 62 de la Ley N° 19.880, el artículo 20, 25 *quinquies*, 25 *sexies* y 29 de la Ley N° 19.300.

5. Conclusiones

La gestión del medio ambiente se ha vuelto cada vez más compleja, queriéndose por un lado darle mayor protección de manera preventiva, y por el otro, poder ejecutar proyectos o actividades de por sí mutables que generan impactos en el medio ambiente, todo dentro de un procedimiento extremadamente reglado y que no deja muchos espacios para la flexibilidad que requiere la ejecución de esta clase de proyectos o actividades.

Así, la pertinencia de ingreso al SEIA, que comenzó como una figura absolutamente desregulada que permitía la mutabilidad de los proyectos en caso de no ser modificaciones de consideración, fue dando paso a una regulación extranormativa, para luego estar reconocida en el SEIA, lo que sumado a un reciente dictamen de Contraloría terminó por restringir al máximo la aplicabilidad de esta figura.

Si bien desde el punto de vista jurídico la interpretación de Contraloría parece correcta, ésta hizo evidente la falta de mecanismos para modificar la RCA en casos en que los cambios no sean de consideración, o al menos, entregar el mínimo de flexibilidad que esta clase de proyectos o actividades requieren, la que en ningún caso deberá menoscabar el medio ambiente. En este sentido, la pertinencia de ingreso al SEIA como se conocía antes parecía más acorde al concepto de desarrollo sustentable.

Con todo, este nuevo escenario no es del todo negativo. En efecto, los titulares deberán ser mucho más responsables a la hora de ofrecer diseños o ingenierías de proyectos que puedan ser efectivamente ejecutados, para así ahorrarse cambios sobre la marcha. Asimismo, se espera también que la autoridad ambiental en la misma RCA entregue cierto grado de flexibilidad en aspectos del proyecto que no pudieran causar impactos ambientales, por ejemplo, algunos aspectos de la descripción del proyecto.

Por último, a la SMA le tocará una tarea de vital importancia al fiscalizar proyectos o actividades que fueron ejecutados o construidos en base a pronunciamientos de pertinencias de ingreso al SEIA. Habrá que estar atentos al criterio que utilizará al fiscalizar el cumplimiento de las RCA.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías" (Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003).

Undurraga, José Gabriel; Abogabir, Sebastián. "Pertinencia Ambiental y la seguridad jurídica de los Particulares" (http://www.guerrero.cl/pertinencia-ambiental-y-la-seguridad-juridica-de-los-particulares/prontus_guerrero/2013-04-10/125239.html, 2013).

CADUCIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL: ¿ELEMENTO DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN O SANCIÓN PARA LOS SUJETOS REGULADOS?

Alejandro Espejo Torrico[1]

1. Introducción

Es bien sabido que nuestra institucionalidad ambiental sufrió un cambio radical con la dictación de la Ley Nº 20.417, publicada el 26 de enero de 2010 (en adelante, "la Ley"), la que tuvo por finalidad, tal como lo indica su título[2], establecer los cimientos de la nueva institucionalidad ambiental, creando el ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), entre otros asuntos.

El objetivo de este trabajo consiste, en primer término, estudiar la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) para determinar su naturaleza jurídica, y el conjunto de cargas, deberes y derechos que le otorgan al titular de un proyecto ambientalmente aprobado (en adelante, "el Titular") o a la misma autoridad desde el momento que ésta es dictada. Lo anterior, también servirá para comprender el carácter dinámico y mutable que tienen las RCAs hoy en día, lo que se ve reforzado con la dictación de la Ley.

Luego de haber determinado la naturaleza de la RCA, nos adentraremos a mencionar las nuevas instituciones que incorpora la Ley a este tipo de resolución, centrándonos particularmente en la caducidad, la que se encuentra contenida en el artículo 25 *ter* de ésta.

A continuación, se intentará explicar el fundamento de esta nueva institución y la finalidad que tuvo el legislador al momento de crearla, para así, poder responder algunas dudas que rodean a ésta y cuyas respuestas urgen a los titulares de proyectos ambientales para que puedan conocer la aplicación, requisitos y límites de la caducidad en las RCAs.

Por otra parte, analizaremos el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "el Reglamento"), contenido en el Decreto Supremo Nº 40/2013, vigente desde el 24 de diciembre del año 2013 y trataremos

---

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile

2 El título de la Ley Nº 20.417 es: *"Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente"*.

de dilucidar si dicho cuerpo legal contiene todas las respuestas a las interrogantes que esta nueva figura incorporó, y en caso contrario, intentar proponer algunas soluciones.

Finalmente, dedicaremos algunas líneas al Ordinario N° 142.034 dictado por el SEA, con fecha 21 de noviembre del 2014 (en adelante, "Ord. N°142.034"), el que tiene por finalidad entregar directrices para la correcta aplicación de la caducidad.

2. Naturaleza Jurídica de la RCA

Nuestra primera labor antes de determinar la aplicación de la caducidad, es definir qué se entiende legalmente por una Resolución de Calificación Ambiental favorable, ya que la caducidad se aplica sobre estas aprobaciones ambientales.

Debemos indicar que la RCA consiste en el acto terminal de un proceso de evaluación ambiental, el cual se llevó a cabo mediante un estudio o una declaración. Es así como el artículo 24 de la Ley de Bases sobre el Medio Ambiente, Nº 19.300 (Ley Nº 19.300) señala que: *"El proceso de evaluación concluirá con una resolución que califica ambientalmente el proyecto o actividad, la que deberá ser notificada a las autoridades administrativas con competencia para resolver sobre la actividad o proyecto, sin perjuicio de la notificación a la parte interesada".*

A mayor abundamiento el artículo 3º de la Ley sobre Bases de Procedimientos Administrativos, Nº 19.880 señala que: *"Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el Ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones (...) Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión".*

Por lo tanto, la RCA es un acto administrativo terminal que se pronuncia sobre la viabilidad ambiental de un proyecto o actividad, determinando si sus impactos o cargas ambientales se ajustan a la normativa ambiental vigente y la necesidad de establecer las medidas de mitigación, compensación o reparación comprometidas en el proceso de evaluación ambiental, cuando éstas sean necesarias.

Nuestra jurisprudencia administrativa ha sido uniforme al comulgar con el raciocinio antes indicado.

Es así como la Contraloría General de la República (CGR) conforme a lo sostenido en los dictámenes N°s 20.477 y 34.021, ambos del año 2003, sostiene que la RCA: "*es un procedimiento reglado, esto es, un conjunto de actos administrativos vinculados a una determinada decisión de la autoridad a cuyo respecto la ley establece reglas precisas que deben respetarse por el órgano emisor, de tal manera que no procede la incorporación de actos que en cualquier forma alteren esa ordenación, pues se infringiría el principio de juridicidad".*

Es decir, sostiene que la RCA es un autorización de funcionamiento, en la que se crea una relación permanente entre la administración y el administrado, que en este caso es el Titular, pero que se encuentra fuera de la propiedad de este último ya que debe entenderse que la RCA no es fija, sino que muy por el contrario, es mutable conforme a los requerimiento de la autoridad o del mismo Titular.

Ahora que ya sabemos qué es básicamente una RCA, su naturaleza y que es esencialmente mutable, corresponde analizar estas instituciones incorporadas por la Ley a las que hemos venido haciendo referencia.

3. Nuevos elementos incorporados por la Ley a la RCA

Hemos indicado que una de las nuevas instituciones que incluye la Ley a las RCAs es la caducidad, pero no es la única. También se incorporan a este tipo de resolución las siguientes figuras que se encuentran en sintonía con la caducidad.

i. Publicidad: El artículo 25 *quáter* dispone que: *"La resolución que califique favorablemente el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental deberá ser notificada al proponente, informada a la Superintendencia del Medio Ambiente, a la comunidad y a todos los organismos que hayan participado del proceso de calificación ambiental. La Superintendencia del Medio Ambiente administrará un registro público de resoluciones de calificación ambiental en el que se identifique el proyecto, su localización geográfica, la fecha de su otorgamiento, el titular, el objetivo del mismo y su estado. Dicho registro deberá mantenerse actualizado en el sitio web de la Superintendencia semestralmente, debiendo los titulares de proyectos informar regularmente acerca del estado de los mismos. Un reglamento determinará el contenido del registro, las formas y plazos en virtud de los cuales se actualizará".*

El fundamento de esta inclusión, dice relación con la posibilidad de terceros[3] para que ellos puedan conocer las aprobaciones de proyectos ambientales y así puedan presentar los recursos o acciones correspondientes ante la aprobación de éstos, logrando una vía para que estos actores puedan manifestarse ante

3 Artículos 20 y 29 de la Ley Nº 19.300.

las autoridades competentes para impugnar la aprobación de estos proyectos ambientales.

ii. Revisión: El artículo 25 *quinquies* estipula que: *"La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones. Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley Nº 19.880. El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20"*.

Esta alternativa es uno de los mecanismos que la misma CGR[4] ha establecido como uno de los medios para modificar una RCA. Su uso ha sido limitado[5], y uno de los mayores problemas que se pueden observar lo encontramos en su procedimiento, que al no ser reglado, se debe aplicar subsidiariamente la Ley Nº 19.880, lo que se traduce en una incertidumbre para el proponente en cuanto a los plazos y forma en que este procedimiento se llevará a cabo.

Esta inclusión, grafica claramente el carácter dinámico de las RCA, que se encuentran lejos de ser una resolución estática, en donde además, queda en evidencia la facultad de la autoridad de modificarla, cumpliendo los requisitos legales contenidos en la norma citada.

iii. Fusión[6]: Por su parte, el artículo 25 *sexies*, indica que: *"Cuando una resolución de calificación ambiental sea modificada por una o más resoluciones, el Servicio de oficio o a petición del proponente, podrá establecer el texto refundido, coordinado y sistematizado de dicha resolución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance"*.

4 Dictámenes Nºs 20.477/2003, 34.021/2003 y 80.276/2012.

5 Codelco con su proyecto "Disposición de Relaves a largo Plazo: Proyecto Ovejería", mediante carta dirigida al Servicio de Evaluación Ambiental de la Región Metropolitana con fecha 16 de agosto de 2012. También Compañía Minera Nevada, con su proyecto "Pascua Lama", lo solicitó con fecha 2 de agosto de 2013.

6 El SEA, mediante Ordinario N° 130.044, del 10 de enero de 2013, emitió un instructivo con indicaciones para la elaboración, de oficio de texto refundido, coordinado y sistematizado de las RCA.

Lo que busca esta norma, es unificar aquellos proyectos que con anterioridad a la Ley hayan sido aprobados separadamente[7], con la finalidad de refundirlos, coordinarlos y sistematizarlos para crear una RCA única para todos aquellos proyectos aprobados de manera fraccionada.

Estas tres nuevas figuras, incluyendo la caducidad, reflejan el criterio entregado en el acápite 2 de esta presentación, en el sentido de que el legislador ha buscado entregarle un carácter dinámico a la RCA, siendo consciente de que su aprobación no puede estar ajena a los cambios que rodean un proyecto, como son los componentes ambientales y la tecnología que se pueda aplicar conforme a los avances desarrollados por ésta.

Es decir, estas figuras comulgan con la definición y la naturaleza jurídica que el legislador pretendió otorgarles a las RCAs.

4. Caducidad de la RCA. Requisitos y finalidad

Ahora, que ya hemos explicado de manera somera lo que es una RCA, y como la nueva normativa ambiental ha creado figuras que le entregan un carácter mutable a ésta, nos adentraremos a desarrollar en detalle la caducidad de la RCA, novedad legislativa a la que hemos venido haciendo referencia y que forma la parte central de este trabajo.

Esta nueva reglamentación la encontramos en el artículo 25 *ter* de la Ley, que dispone:

"La resolución que califique favorablemente un proyecto o actividad caducará cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada, contado desde su notificación. El Reglamento deberá precisar las gestiones, actos o faenas mínimas que, según el tipo de proyecto o actividad, permitirán constatar el inicio de la ejecución del mismo".

De la norma citada, se desprenden claramente los requisitos para que opere la caducidad:

7 Conforme lo dispuesto en el artículo 11 bis de la Ley Nº 19.300, se encuentra prohibido fraccionar proyectos a sabiendas. *"Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema. No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas"*.

i. Existencia de una RCA favorable;
ii. Notificación de la RCA; y
iii. Transcurso de 5 años desde su notificación sin que se hayan iniciado la ejecución del proyecto.

El Ord. N° 142.034, define a la caducidad como: *"La extinción del acto administrativo terminal (RCA) que pone fin al procedimiento de evaluación de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), como consecuencia del incumplimiento de la condición contemplada en la ley, la que consiste en la inicio de la ejecución del proyecto dentro del plazo legal establecido en el artículo 25 ter de la Ley N°19.300"*. Comulgamos plenamente con los antes citado, ya que se encuentra en plena sintonía con la función y/o carácter sanción que el legislador buscó entregarle a la caducidad.

En esta misma cuerda, para determinar las finalidades de la caducidad, creemos que la respuesta más acertada la encontramos en la misma historia de la Ley, que es donde se expresa el espíritu de esta nueva figura. Esta manifestación la podemos resumir en los siguientes puntos:

• Evitar que se solicitara la tramitación de proyectos (estudios o declaraciones) en forma especulativa, impidiendo que otros titulares, que tuvieran una verdadera intención de ejecutar ese proyecto, no pudieran llevarlo a cabo debido a que un tercero lo hizo pero sin la intención de efectivamente ejecutarlo;
• Impedir que los proyectos sean aprobados con una tecnología distinta a la existente al momento en que efectivamente se ejecute el proyecto
• Disminuir el número de inversionistas negligentes; y
• Lograr que las resoluciones de calificación ambiental obtenidas por medio de información falsa o incompleta, estuvieran sujetas a una revisión cercana por el hecho de definirse un plazo de caducidad.

Todos estos argumentos los encontramos en el informe de la Comisión de Recursos Naturales[8] y en el segundo informe de esta misma Comisión, en las opiniones de la Ministra Ana Lya Uriarte Rodríguez y de los Senadores Allamand, Girardi y Navarro, entre otros[9].

Creemos que los fundamentos de crear esta institución son totalmente correctos, y el legislador observó la necesidad de que las RCAs no fueran perpetuas, debido a los problemas que esto podría ocasionar, ya que los titulares usarían tecnologías distintas, y en muchos casos inferiores, a las disponibles al momento de ejecutar el proyecto, lo que podría afectar al medio ambiente y sus componentes

8 Historia de la Ley Nº 20.417. Página 134.
9 Ibídem, p. 1564.

o para el mismo desarrollo del país, ya que limita a otro interesados a realizar proyectos que se encuentran aprobados, pero cuyos titulares no tienen un real interés en ejecutarlos y que buscaron la aprobación de éstos con fines únicamente especulativos. También, busca que exista una armonía entre la línea base evaluada y la existente al momento de ejecutar el Proyecto.

De lo anterior, se podría inferir que los requisitos establecidos por el legislador son bastante claros y no dejan espacio para interpretaciones antojadizas de los titulares de RCA. Pero creemos que lo anterior no es del todo efectivo.

Es por esto, que la misma norma establece que deberá ser el nuevo reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental que regule y especifique ciertas materias.

En vista de que dicho cuerpo normativo cumplió más de un año de vigencia, podemos estudiar si éste contiene o no las respuestas que estábamos esperando y resuelve ciertos pasajes oscuros de la norma que regula la caducidad.

5. El Nuevo Reglamento y la Caducidad

El nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), se pronuncia particularmente sobre la caducidad en el artículo 73 (en adelante, "el Artículo"), norma que pasaremos a disgregar, y que explicaremos con las otras menciones que este Reglamento realiza a la caducidad.

5.1. La primera parte del artículo establece que: "*La resolución que califique favorablemente un proyecto o actividad caducará cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada, contados desde su notificación"*.

Lo anterior, no es más que una reiteración del mismo artículo 25 *ter*¸ en cuanto establece a qué RCAs se les aplicará la caducidad, en la especie, únicamente a las favorables, y que hayan transcurridos 5 años sin que hubiesen iniciado la ejecución del proyecto contado desde la notificación de esta Resolución.

5.2. Luego, el Artículo sostiene que: *"Corresponderá a la Superintendencia constatar lo anterior y requerir al Servicio que declare dicha caducidad"*.

Del extracto citado, podemos dilucidar que:

a) Se le entrega a la SMA la facultad de constatar que haya transcurrido el plazo de 5 años desde la notificación de la RCA, sin que el titular haya comenzado la ejecución del proyecto, verificándose así el carácter punitivo de esta figura; y

b) Comprobado lo anterior por la autoridad fiscalizadora, ésta, le requerirá al SEA que declare caducada la RCA.

Estas dos disposiciones nos parecen lógicas, ya que guardan relación con las nuevas competencias que la Ley le ha otorgado a la SMA y el SEA, que consisten en la fiscalización de proyectos ambientales y en el ejercicio y coordinación de los procesos de evaluación ambiental, respectivamente.

Sin perjuicio de lo anterior, nos debería llamar la atención que la ley no faculta a un tercero interesado en solicitar la caducidad de una RCA en el evento que se hayan cumplidos los requisitos ya indicados. Esta limitación no debe pasar desapercibida, ya que en muchas ocasiones, y teniendo en especial consideración la carga laboral que tendrá la SMA, puede que no cumpla con el mandato que le entrega el Reglamento, y por consiguiente, no consigne la caducidad y por ende, no solicite su declaración al SEA.

Así las cosas, creemos que un tercero interesado[10], perfectamente podría dirigirse ante la SMA y solicitar que verifique que haya transcurrido el plazo de 5 años contemplados en el artículo 25 *ter*, para así solicitar que se declare caduca la RCA, teniendo un rol activo en la fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental, siendo esto uno de los principales objetivos de la reforma a la institucionalidad ambiental.

5.3. Inicio a la ejecución del proyecto

Este era uno de los elementos más esperados por todos los interesados en esta materia, ya que la Ley era silente en este ámbito, y le entregaba esta definición al Reglamento, quien en el mismo Artículo, dispone que: *"Se entenderá que se ha dado inicio a la ejecución del proyecto o actividad, cuando se realice la ejecución de gestiones, actos u obras, de modo sistemático, ininterrumpido y permanente destinado al desarrollo de la etapa de construcción del proyecto o actividad"*.

Lo anterior debe ser complementado con el Ord. N° 142.034, que determina que se deberá entender por cada una de estas actividades:

• Gestión: *"Realización de diligencias o trámites conducentes al logro de un negocio, que en este caso correspondería a la ejecución del proyecto o actividad calificado favorablemente por la RCA";*

• Acto: *"Consiste en realizar o llevar a cabo una determinada tarea destinada a ejecutar el proyecto o actividad calificado favorablemente por la correspondiente RCA"*;

10 Recordar la obligatoriedad de la publicación de una RCA, contenida en el artículo 25 *quáter* de la Ley, ya explicado anteriormente.

• Obra: *"Se refiere a la realización de faenas de carácter material, destinadas a ejecutar el proyecto o actividad calificado favorablemente por la RCA"*.

De las definiciones entregadas consideramos que no existe una diferencia manifiesta en cada una de éstas actividades. Puede que con la voz obra, se limite únicamente a obras de ejecución material, es decir que sean perceptibles.

Es por esto, que aparecen incertidumbres respecto a si ciertas gestiones o actos pueden ser considerados suficientes para evitar la caducidad. Por ejemplo, en que categoría debemos incluir la solicitud de tramitación de una Permiso Ambiental Sectorial (PAS), ¿es una gestión o un acto? De las definiciones entregadas nos parece que no es posible distinguirlo.

El mismo Ordinario N° 142.034, además de definir que debemos entender por cada una de estas actividades necesarias para interrumpir la caducidad, explica el sentido y alcance de la temporalidad que deben tener estas actividades:

• Sistemático: *"Cuando las gestiones, actos u obras realizadas se ajusten a la estructura y orden establecidos en la correspondiente RCA";*

• Ininterrumpido: *"Cuando las gestiones, actos u obras realizadas permitan establecer que el proyecto o actividad se ejecuta de manera continuada y sin interrupción";*

• Permanente: *"Cuando las gestiones, actos u obras realizadas permitan establecer que el proyecto o actividad se mantendrá en ejecución."*

Al igual que para las definiciones antes entregadas, consideramos que éstas que determinan la continuidad de las actividades, no aportan mucho para diferenciarlas unas con otras, por lo que todas éstas son bastante similares.

Además, las definiciones antes entregadas no difieren de lo indicado en el RSEIA que dispone en la letra c) del artículo 2º: *"Ejecución de proyecto o actividad: Realización de obras o acciones contenidas en un proyecto o actividad tendientes a materializar una o más de sus fases"*.

Es decir, el Reglamento establece que se entenderá interrumpida la caducidad en el momento que se inicien gestiones, actos u obras, de un modo sistemático, ininterrumpido y permanente.

Lamentablemente, creemos que la solución que entrega tanto el Reglamento como el Ord. N° 142.034 no son satisfactorias, ya que no establecen con claridad los límites por cada uno de estos actos, gestiones u obras, siendo conceptos bastante

amplios, en los cuales podría caber una gran cantidad de hechos positivos que realice el titular.

En este mismo sentido, en cuanto a la frecuencia de estas obras o gestiones, las que deben ser continuadas en el tiempo y con la única finalidad de propender al desarrollo de la construcción del proyecto aprobado, tampoco establece de manera clara y precisa como un hecho podrá ser considerado que interrumpe o no la faena o gestión. Más importante, aún, no resuelve la situación de aquellos proyectos cuya construcción se detenga por causas ajenas a la voluntad del titular, como por ejemplo, razones climáticas, tecnológicas, sancionatorias o incluso políticas[11].

5.4. Información a la SMA

El legislador, le entrega al Titular la carga de informar a la SMA el acto o faena que dé cuenta del inicio de la ejecución de las obras. El Artículo, establece que: *"El titular deberá informar a la Superintendencia la realización de la gestión, acto o faena mínima que dé cuenta del inicio de la ejecución de obras"*.

Creemos que dicha disposición es correcta, toda vez que les entrega la carga a los titulares de informar el o los hechos positivos declarados que den cuenta del inicio de la ejecución del proyecto.

Recordemos que el acto, gestión o faena debe quedar establecido en la misma RCA, tal como se explicó anteriormente, pero debemos preguntarnos qué sucede con aquellos proyectos ya aprobados con anterioridad a la dictación del Reglamento, cuyas RCAs no entregan dicha información.

Esta situación la resuelve el artículo 4° transitorio del Reglamento, que se explicará brevemente a continuación.

En cuanto a los titulares de RCA anteriores a la entrada en vigencia de la Ley y que no hayan iniciado la ejecución de su proyecto aprobado o aquellos titulares cuya RCA haya sido aprobada con posterioridad a la Ley pero son anteriores a la entrada en vigencia del Reglamento, deberán dirigirse al SEA para entregar dicha información y dejar constancia de cuáles serán los hechos o actividades que se deberán considerar como el inicio de la ejecución del proyecto.

Lo anterior, presenta un beneficio para estos Titulares ya que podrán manejar a su antojo qué hechos, obras o gestiones podrán ser consideradas como el inicio de la ejecución de su proyecto, teniendo especial importancia ya que al momento

11 Ejemplo de lo anterior podría ser el caso del proyecto Hidroeléctrico Aysén, que se analizará en el capítulo 6.

de iniciarse un proyecto se gatillan todos los compromisos ambientales de la etapa de construcción.

Por otro lado, el Ord. N° 142.034 indica expresamente que el procedimiento que deberá realizar el titular para acreditar la realización de estas gestiones, actos o faenas deberán regirse por las normas establecidas en la Ley N° 19.880, ya que ni la Ley N° 19.300, como tampoco el RSEIA establecen un procedimiento aplicable a esta materia.

5.5. Cierre de proyecto

Finalmente, el Reglamento se pronuncia respecto a aquellos proyectos aprobados únicamente sobre la fase de cierre, para los que se entenderá como el inicio de éste cuando se ejecuten las obras que propendan al cierre de dicho proyecto. *"En caso que la Resolución de Calificación Ambiental se pronuncie exclusivamente sobre la fase de cierre de un proyecto o actividad, se entenderá que se ha dado inicio a su ejecución cuando haya comenzado la ejecución del proyecto o actividad de cierre"*.

Creemos que lo anterior no requiere de un mayor análisis, ya que la norma es bastante clara y no deja margen de dudas.

6. El Reglamento y las omisiones

De lo hasta aquí señalado, creemos que el Reglamento cumplió con el mandato legal de precisar los requisitos y conceptos de la caducidad. Pero consideramos que se omitieron ciertos elementos, cuyo silencio podría afectar la debida aplicación de esta figura.

Ya se esbozaron ciertas críticas en el capítulo anterior, respecto a la exclusión de terceros para indicar que un determinado proyecto hubiese cumplido los requisitos para ser declarado caducado; como también se explicó que la poca claridad en el concepto de los hechos positivos que deba realizar el titular para dar inicio a la ejecución del proyecto podría tener como consecuencia una interpretación laxa y favorable que de ella puedan hacer los titulares de proyectos ya aprobados.

Lamentablemente, creemos que las anteriores críticas no son las únicas que debemos hacer, toda vez que observamos una omisión galopante respecto al efecto de si la realización de aquellos hechos necesarios para dar inicio a la ejecución de un proyecto, suspenden o interrumpen el plazo de 5 años de la caducidad, en el evento que el proyecto en cuestión, interrumpa o suspenda sus faenas.

Es decir, que sucede en el caso en que se realice alguna de estas gestiones hábiles para interrumpir la caducidad, pero ésta no se ejecuta completamente, como podría ser obtener un permiso sectorial respectivo en que el Titular únicamente lo solicita, pero no realiza ninguna gestión posterior para obtener su aprobación, entonces, ¿con la sola presentación de la solicitud del permiso se debe entender por interrumpida la caducidad?

Por otro lado, algo que no se detalla en el Reglamento, es qué sucede si las obras que se comienzan a realizar pierden la continuidad requerida en el Artículo 73, es decir, si estas obras, gestiones o actividades no son sistemáticas, ininterrumpidas ni permanentes, o peor aún, si éstas no son útiles para el desarrollo del proyecto. En este evento, ¿se entiende interrumpida o suspendida la caducidad, aplicándose supletoriamente las normas del Código Civil de la prescripción?

Según lo estudiado, y conforme a una aplicación lógica, creemos que la figura que se debe aplicar es la interrupción, en el sentido que si se verifica el hecho informado por el Titular que dé inicio a la ejecución del proyecto, éste: *"impide que la prescripción se consume, porque detiene su curso e inutiliza el tiempo transcurrido con anterioridad"*[12].

Es decir, tiene por objeto *"detener el curso de la prescripción e inutilizar todo el tiempo transcurrido hasta el momento en que aquélla tuvo lugar"*[13].

Pretendiendo que es un tema pacífico el hecho de que iniciada la ejecución del proyecto tiene por efecto la interrupción de la caducidad, cabría analizar hasta cuándo se puede entender interrumpida ésta. Lo anterior, lo podemos resolver, aplicando por analogía el artículo 2.503 Nº 2 del Código de Bello a *contrario sensu*, ya que los efectos de la interrupción perdurarán mientras subsista el procedimiento que ha dado lugar al acto interrumpido, por lo que esta interrupción sería hasta que se realice un acto, gestión o faena, conducente a la construcción o cierre del proyecto en cuestión.

Resolver lo anterior, nos parece de una especial importancia, ya que es posible que importantes proyectos, que significan un esfuerzo económico y humano considerable, puedan extinguirse por razones ajenas al titular.

A modo de ejemplo, cabe preguntarse qué hubiese sucedido si el Comité de Ministros no hubiese revocado la RCA Nº 225 que aprobó el "Proyecto Hidroeléctrico Aysén" (HidroAysén), con fecha 13 de mayo de 2011, por la Comisión de Evaluación Ambiental de Coyhaique.

12 Alessandri Rodríguez Arturo., Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio. *"Tratado de las Obligaciones*, Volumen *III, Modificación y extinción de las obligaciones*." (Segunda Edición ampliada y actualizada Ed. Jurídica de Chile.) P. 207.

13 Ibídem, p. 212.

Recordemos que este proyecto cuenta de dos partes, una ya aprobada, mediante la RCA antes individualizada, la que autoriza la construcción y operación de cinco centrales hidroeléctricas, dos en el río Baker y tres en el río Pascua, ubicadas en la XI Región. Pero además, es necesaria la aprobación de un segundo proyecto, que contempla un tendido eléctrico para transportar la energía generada por las centrales.

Esta segunda parte del proyecto iba a ser sometida a evaluación ambiental a fines del año 2012, pero en mayo de ese año, uno de los dueños del proyecto, Colbún S.A. solicitó la suspensión de dicha tramitación aduciendo que la falta de una "*política nacional que cuente con amplio consenso y otorgue los lineamientos de la matriz energética que el país requiere*" no proporcionaría un marco adecuado para "*desarrollar proyectos energéticos de esta magnitud y complejidad*"[14].

Explicado lo anterior, debemos preguntarnos qué habría ocurrido si a la fecha de caducidad de este proyecto (13 de mayo 2016) aún no se hubiere regulado el marco jurídico solicitado por los dueños de HidroAysén, ¿la RCA que lo aprobó, caducará sin reparo alguno?

Caso similar es el del proyecto Pascua Lama, el que fue sometido en dos ocasiones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, obteniendo en ambas ocasiones una calificación ambiental favorable, mediante las Resoluciones de Calificación Ambiental Nº 39/2001 y Nº 24/2006, ambas dictadas por la Comisión Regional del Medio Ambiente, hoy la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama.

La construcción de este proyecto se inició en octubre de 2009, pero como todos bien sabemos, éste se encuentra paralizado conforme a lo establecido en la Res. Nº 477 dictada por la SMA con fecha 24 de mayo de 2013.

Considerando lo anterior, debemos preguntarnos si desde esa fecha, se empieza a contabilizar de nuevo el plazo de los 5 años del artículo 25 *ter*. Por otro lado, qué ocurriría si este proyecto demora más de 5 años en retomar sus labores constructivas. En este escenario, ¿sus RCAs caducarían de igual modo, sin perjuicio de que fue la autoridad fiscalizadora la que ordenó su paralización?

Creemos que ambos ejemplos, de proyectos ambientales emblemáticos, debido a la magnitud de ellos, como también el impacto mediático que han tenido, sirven para graficar eventuales conflictos que podríamos observar en la aplicación de la caducidad.

14 Carta dirigida al Superintendente de Valores y Seguros, del 30 de mayo de 2012. CP N° 01/2012.

Por último, nos gustaría referirnos a aquellos proyectos que tienen más de una RCA aprobada, una de ellas aprobada antes de la dictación de la Ley, y que por consiguiente caducaría el 26 de enero de 2015, y la otra con posterioridad, por lo que se mantendría vigente.

El Ord. N° 142.034, resuelve esta situación indicando que: *"en caso de existir un proyecto cuya RCA original ha caducado, pero que cuente con una RCA vigente que califique favorablemente una modificación de dicho proyecto, solamente podrán ejecutarse las obras que se encuentren amparadas por esta segunda Resolución"*.

Es decir, sólo se podrá ejecutar lo aprobado por la RCA vigente, que optimiza y/o modifica el proyecto original. Lo anterior, implicaría la prohibición de construir y/o ejecutar lo aprobado por la RCA original, lo que a su vez, podría condicionar y limitar la ejecución del proyecto que optimizó y/o modificó a éste, haciendo en definitiva inviable su construcción.

Ante este negativo escenario, consideramos que podría haber una solución favorable, y ésta es considerar el EIA o DIA que optimiza y/o modifica el proyecto original, como una gestión o acto destinado a ejecutar el proyecto, por lo que con la nueva RCA aprobada, se debería entender interrumpida la caducidad, salvaguardando así la viabilidad integral del proyecto.

7. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, se ha intentado explicar qué debemos entender por una RCA, la que consideramos como un acto administrativo terminal, esencialmente mutable, debido a la complejidad de los temas que resuelve y el dinamismo de los mismos.

Es por esto que la nueva institucionalidad ambiental, materializada principalmente en la Ley Nº 20.417, incorporó dentro de otros elementos, figuras que permitan otorgarle dicha flexibilidad a las RCAs, que son, como se indicó, la revisión, fusión y caducidad de ésta.

Creemos, que esta última, la caducidad, es sin duda un elemento necesario, cuya inclusión fue un acierto del legislador debido a que lograría evitar la aprobación de proyectos ambientales de manera especulativa y permitiría que se aplicaran las tecnologías más eficientes y amigables con el medio ambiente.

Pero consideramos que la regulación para su correcta aplicación no es suficiente, ya que ni la misma Ley, ni el Reglamento entregan todas las respuestas a las interrogantes que se desprenden de esta figura.

Como se intentó demostrar, el Reglamento entrega varias de las respuestas para los Titulares de proyectos a los que se les aplica la caducidad. Sin perjuicio de lo anterior, no transmite certezas a ciertos aspectos que hemos indicado.

Con todo, creemos que todas estas omisiones o falta de claridad para la aplicación de la caducidad, pueden y deben ser corregidas, siendo el escenario ideal que fuera previo a que se empiecen a materializar alguno de los eventuales conflictos detallados en el cuerpo de esta presentación, ya que una solución *ex post*, sería inútil, y por sobre todo, riesgosa. Es importante no esperar y ver cómo estos conflictos se empiezan a manifestar, por lo que es deber del Legislador, mediante un trabajo mancomunado con el Ejecutivo, de lograr despejar estas incertidumbres para así lograr una correcta armonía entre la caducidad de las RCAs y el ordenamiento jurídico nacional.

Esta situación se intentó salvar mediante el Ord. N° 142.034, pero al parecer, la dictación de este cuerpo legal nos dejó más dudas que certezas, ya que muchas de las interrogantes existentes, se mantienen aún en áreas grises.

Queda poco tiempo para corregir, y perfeccionar lo que hasta aquí ya se ha regulado, por lo que es importante que al momento que la autoridad decida declarar caducada una RCA, deba primar el sentido común, teniendo presente la necesidad de nuestro país de enmendar el rumbo económico, y sobre todo tratar de modificar la matriz energética con fuentes más amigables (hidroeléctricas y ERNC), por lo que la vigencia de muchos de estos proyectos son necesarios para el continuo desarrollo (sustentable) de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio. *"Tratado de las Obligaciones*, Volumen *III, Modificación y extinción de las obligaciones*." Segunda Edición ampliada y actualizada Ed. Jurídica de Chile, 2004.

NORMAS CITADAS

Historia de la Ley Nº 20.417.

Oficio Ordinario Nº 100.292, de 25 de enero de 2010, de la Ministra Presidenta y del Director Ejecutivo de CONAMA. "Instructivo que establece criterios para la aplicación de la Ley N° 20.417, que rediseña la institucionalidad ambiental".

Oficio Ordinario Nº 142.034, de 21 de noviembre de 2014, del Servicio de Evaluación Ambiental. "Imparte instrucciones en relación al artículo 25 *ter* de la Ley N°19.300, al artículo 73 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y al artículo 4° transitorio del referido Reglamento".

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ASPECTOS ORGÁNICOS Y PROCEDIMENTALES DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES Y RESPECTO A POTENCIALES CONFLICTOS CON LA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL Y LA FORMA EN QUE HAN SIDO RESUELTOS

Jaime Ortega Pavez[1]

1. Introducción

La Ley N° 20.600, publicada con fecha 28 de junio de 2012, dispuso la creación e incorporación a nuestro ordenamiento de los nuevos Tribunales Ambientales[2]. Se integran así al esquema judicial y, particularmente, a la institucionalidad ambiental, tres órganos jurisdiccionales de carácter especial y cuya función básica consiste en resolver las controversias medioambientales de su competencia, así como ocuparse de los demás asuntos que las leyes sometan a su conocimiento.

Atendiendo a las recomendaciones efectuadas por organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y concretando el compromiso político asumido por el poder ejecutivo y el Congreso -en el marco de las negociaciones llevadas adelante al tiempo de dictarse la Ley N° 20.417[3]-, que resultó plasmado en un Protocolo de Acuerdo[4] suscrito por diversos ministros

1 Abogado de la P. Universidad Católica de Chile

2 De acuerdo a lo dispuesto en el artículo primero transitorio de la Ley N° 20.600, la entrada en funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental se verificaría en un plazo de seis meses contado desde la publicación de la ley, vale decir, el 28 de diciembre de 2012, lo cual efectivamente ocurrió. La entrada en funcionamiento del Primer y del Tercer Tribunal Ambiental, en tanto, debía verificarse en un plazo de doce meses contado de la misma forma. Sin embargo, a la presente fecha sólo se ha instalado el Tercer Tribunal Ambiental –con asiento en Valdivia- y lo hizo con un importante retraso, pues se instaló administrativamente el día 07 de octubre del 2013, e inició su función jurisdiccional el día 09 de diciembre del mismo año. Y más aún, el Segundo Tribunal Ambiental –con asiento en Antofagasta- todavía no entra en funcionamiento y sigue pendiente el proceso de designación de sus Ministros, habiéndose recién elaborado por parte de la Corte Suprema, con fecha 16 de septiembre de 2014, las cinquenas para proveer tales cargos.

3 Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

4 Protocolo de Acuerdo suscrito con fecha 26 de octubre de 2009 por Senadores representativos de diversos sectores políticos y por los señores Ministros de Hacienda y de Medio Ambiente, por parte del Ejecutivo, en el cual los firmantes acuerdan avanzar con rapidez en la tramitación en el Senado del proyecto de Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente y la SMA, identificando diversos temas perfectibles y conteniéndose, entre otros, el compromiso del Ejecutivo de ingresar al Senado un Proyecto de Ley que creara un Tribunal Ambiental y el compromiso de los parlamentarios a respaldar dichas iniciativas.

y parlamentarios, en el cual se declaró que era necesario el fortalecimiento de la institucionalidad ambiental[5], se arribó finalmente a la decisión política y legislativa de crear estos nuevos tribunales especializados.

El principal fundamento tenido en mente al tiempo de crear estos Tribunales fue contar con un contrapeso de carácter jurisdiccional frente a las importantes competencias de fiscalización y sancionatorias conferidas por la Ley N° 20.417 a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) pero, al mismo tiempo, se tuvo como objetivo contar por fin con un órgano experto para dirimir el contencioso administrativo en materia ambiental y que pudiera asumir, finalmente, el conocimiento de las demandas de reparación de los perjuicios del daño ambiental.

Como puede suponerse, la introducción de este nuevo organismo con funciones jurisdiccionales, de composición mixta, independiente y especializado, conlleva importantes modificaciones tanto en el fondo como en la forma de las relaciones que se presentan en el esquema de la institucionalidad ambiental creado por la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y que fuera luego modificado, precisamente, por la Ley N° 20.417.

Al ser concebidos estos Tribunales como el contrapeso natural de las facultades fiscalizadoras y punitivas de la SMA, desde ya su presencia plantea una fuente de conflictos con esta última. Al mismo tiempo, estos Tribunales se constituirán en la nueva instancia para resolver las reclamaciones que se presenten en contra de determinadas actuaciones y decisiones de la administración (actualmente entregadas en procedimientos de largo aliento al conocimiento de los tribunales ordinarios) dando paso ahora a una jurisdicción experta, con vocación expresa para adentrarse en los aspectos técnicos del conflicto, generando sin duda focos de conflicto con la propia administración. Además, y no obstante la creación de los Tribunales Ambientales, los Tribunales Ordinarios de Justicia mantienen competencia para el conocimiento de distintas cuestiones relativas a la temática medioambiental, ya sea de manera autónoma como ocurre con razón de las acciones de protección ambiental o de acciones de nulidad de derecho público, o bien de forma integrada con los nuevos Tribunales Ambientales, como es el caso de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema al conocer los recursos jurisdiccionales interpuestos en contra de las sentencias de los primeros, razón por la cual entre ellos también habrá de producirse una necesaria articulación, que resulta inimaginable sin roces, tanto jurídicos o interpretativos, como en un plano meramente orgánico.

En el presente trabajo se pretende efectuar un análisis del nuevo escenario institucional que se ha generado en nuestro ordenamiento con la incorporación de los Tribunales Ambientales. En la primera parte de este texto se analizará a estos

5 Mensaje de la Presidencia de la República con el que se presenta al Senado el Proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental.

órganos jurisdiccionales desde una perspectiva orgánica y procedimental, centrando la atención en aquellos elementos resulten más novedosos para nuestra tradición jurídica, así como las implicancias de los mismos. En su segunda parte, se procede a analizar las relaciones que estos Tribunales han presentado con la institucionalidad ambiental existente a su entrada en funcionamiento, así como algunos puntos de conflicto ella y las distintas soluciones a los mismos que se han ido generando en el corto tiempo ellos que llevan en funcionamiento.

2. Motivos y fundamentos de su creación

El antecedente principal en la creación de estos tribunales, como ya se anticipó, fue el riesgo que constituye para los administrados las potentes facultades punitivas entregadas a la SMA, que asumía inicialmente los roles de juez y parte[6] del proceso sancionatorio. Si bien había ciertas morigeraciones internas en la propia Ley N° 20.417, de carácter orgánico y procedimental, la sola acumulación de dichas funciones en la SMA implicaba un riesgo en cuanto a la forma en que ellas se ejercerían. Este espíritu del legislador, de contar con un Tribunal que actuara como contrapeso o un control al *ius puniendi* estatal depositado en la SMA, explica que la operatividad de este último servicio público haya quedado supeditada a la instalación efectiva del Tribunal Ambiental[7].

Hubo, con todo, posturas que consideraron y sostienen aún que este tipo de Tribunal resulta innecesario, en tanto existe la jurisdicción común. Se explicó que no obstante la motivación para crear estos tribunales especializados es bien intencionada y tendiente a ofrecer una justicia más ágil y con jueces mejor preparados, no se puede olvidar los peligros de una atomización de nuestros tribunales y el daño de atentar contra la unidad jurisdiccional. Como bien apuntara el Sr. Presidente de la Corte Suprema[8], la Constitución Política de la República junto con establecer al Poder Judicial, entregó a este último la facultad indelegable de conocer de manera exclusiva las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado y que, aún cuando los tribunales especiales hayan existido desde siempre en nuestro país, su presencia histórica no justifica su legitimidad.

6 Exposición del profesor Luis Cordero, coordinador del rediseño de la institucionalidad ambiental, efectuada con fecha 26 de agosto de 2008 en el "Primer Seminario sobre reforma a la institucionalidad ambiental, perspectivas desde el sector público", pp. 83.

7 El artículo noveno transitorio de la Ley N° 20.417, prescribe que "Las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3°, y III del artículo Segundo de la presente ley, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental."

8 Cuenta pública del Presidente de la Corte Suprema en la Inauguración del año judicial 2011. Disponible en <www.pjud.cl>

En un Estado Democrático de Derecho se acepta una jurisdicción especial solamente en el caso de los órganos establecidos en la propia Constitución, siendo la dispersión jurisdiccional más bien propia de los Estados autocráticos. Y frente a los argumentos de especialidad y de recarga de los tribunales ordinarios con asuntos que requieren de expertos técnicos, se contesta que los tribunales están creados justamente para resolver todos los conflictos en los que haya que aplicar el derecho, siendo esta la actividad propia de los jueces quienes, de ser preciso, consultarán a expertos o peritos para aclarar sus dudas relativas a cada ciencia o arte. Incluso, en términos prácticos, se apuntó que era preferible dejar estas materias a los Tribunales Ordinarios, pues así se da plena seguridad a los justiciados de que en todo el territorio habrá una jurisdicción disponible para ellos, al contrario de los Tribunales especiales que carecen de aquella red de trabajo.

Enfrentado a esta situación, el legislador hubo de ponderar qué es lo que se encuentra en juego detrás de la existencia de un Tribunal Ambiental y las respuestas a dicha interrogante se encuentran en lo que la doctrina denomina dilema de la eficiencia - eficacia de la regulación y de la garantía de derechos de los regulados[9].

Por una parte, se consideró la importancia de obtener el cumplimiento de la legislación medioambiental, objetivo esencial en el logro del desarrollo sustentable y que se logra mediante una buena legislación, institucionalidad apropiada y procedimientos efectivos de cumplimiento (concepto en el que se comprende el rol estatal de fiscalizador y sancionador depositado en la SMA). Frente a esas necesarias potestades, existe un dilema de garantía de derechos, pues ellas suponen actos de gravamen a los particulares y aun cuando la legislación contenga los estándares más estrictos en materia de procedimiento administrativo sancionador, no puede considerarse una sanción como definitivamente revestida de juridicidad en tanto no se encuentre revisada por la autoridad jurisdiccional[10].

En consecuencia, hay buenas razones para promover el *ius puniendi* estatal en aras de lograr el mayor cumplimiento de la legislación medioambiental, pero ello no puede obtenerse a cualquier precio y hay, igualmente, buenas razones para acotar las potestades estatales en defensa de los derechos de los administrados, pero sin afectar el interés público y la necesidad de cumplimiento de la legislación medioambiental.

9 Mensaje de la Presidencia de la República con el que se presenta al Senado el Proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental.

10 El Mensaje del Proyecto de Ley hace suyo, en este punto, el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en cuanto a que "si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de la multa, con lo que se pronuncia sobre la facultad fiscalizadora y sancionatoria, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable por el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada o si, habiendo sido reclamada, esta ha sido fallada en sede jurisdiccional independiente". Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 792, de fecha 3 de enero de 2008.

El punto de equilibrio entre la eficiencia y eficacia del sistema, por una parte y de la garantía de los derechos de las personas, por la otra, se encuentra en la autoridad jurisdiccional, contrapeso esencial al servicio de la democracia en tanto limita los desbordes del poder público y que toma un rol insustituible desde la óptica de la tutela de derechos de las personas, en la revisión de las intervenciones estatales[11]. La consecución y alcance de este delicado equilibrio, en que confluyen los pilares del desarrollo sustentable, en tanto no puede haber progreso sólido y estable de una sociedad si no existen simultáneamente equidad social y conservación ambiental[12], es precisamente la razón que motiva y explica la creación de un Tribunal Ambiental especializado.

Con todo, este nuevo órgano jurisdiccional mucho más que un mero contralor de las facultades de la SMA, fue concebido como un Tribunal especializado que además resolviera todos los conflictos jurídicos de carácter ambiental. Hasta la creación de este Tribunal, el contencioso administrativo se repartía entre diversos organismos administrativos (recursos ante la Conama, dictámenes de la Contraloría General de la República, etc.) y Jurisdiccionales (reclamos o acciones de nulidad de derecho público ante jueces de letras, acciones de protección ante las Cortes de Apelaciones, etc.), todo lo cual generaba incertidumbre y judicialización excesiva de los asuntos, trances que de paso también se esperaba fueran resueltos con esta nueva judicatura[13].

3. Elementos relevantes de su estructura orgánica y procedimental

Sin ánimo de entrar en un análisis exhaustivo de la estructura orgánica de los Tribunales Ambientales y de los procedimientos con que ellos operan, resulta interesante realizar un breve examen de su organización y de la forma en que ellos acometerán sus funciones, centrándonos en los principios y aspectos más novedosos que ellos presentan.

3.1. Estructura orgánica

a) Concepto, denominación y territorio jurisdiccional

La Ley Nº 20.600 crea los Tribunales Ambientales como órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, que tienen como función resolver las controversias medioambientales de su competencia y las demás que las leyes sometan a su conocimiento[14].

11 Mensaje de la Presidencia de la República con el que se presenta al Senado el Proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental.

12 Mensaje del Presidente de la República con que se envía al Congreso Nacional el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, de fecha 14 de septiembre de 1992.

13 Boettiger Philipps, Camila. Nueva Institucionalidad Ambiental. Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 22, p. 450.

14 Ley N° 20.600, artículo 1°.

En el diseño original del proyecto se había contemplado la instauración de un solo Tribunal[15], atendida fundamentalmente la demanda de causas existentes y esperables, dando facultades expeditas de realizar presentaciones a nivel regional, carácter único que en teoría haría predecibles las decisiones de este Tribunal[16]. Sin embargo, finalmente el legislador optó por la creación de tres Tribunales Ambientales[17], con asiento en las ciudades de Santiago, Valdivia y Antofagasta, que se reparten territorialmente el conocimiento de las contiendas del país, entregándose como fundamento de esta decisión el esfuerzo de atender de un mejor modo el reclamo sobre acceso a la justicia ambiental[18].

Estos Tribunales Ambientales si bien poseen algunas características particulares en cuanto a su integración, competencia y procedimientos, además de responder a ciertos principios propios en su actuación, constituyen un Tribunal propiamente tal, integran el poder judicial y poseen la facultad de imperio característica de todo Tribunal de Justicia.

En cuanto a la decisión de crear tres Tribunales Ambientales y a la luz de la carga de Trabajo que ellos han recibido, debe señalarse que la opción tomada por el legislador resulta francamente errónea, pues la cantidad de conflictos existentes hasta el momento no justifica el número de entes jurisdiccionales en actividad.

15 Así se contemplaba en el diseño presentado tanto en el Protocolo de Acuerdo firmado con fecha 26 de octubre de 2009, como en el Proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental ingresado inicialmente al H. Congreso Nacional.

16 Respecto del número de tribunales, en la tramitación del Proyecto de Ley siempre se resaltó que era un punto debatible. La propuesta del Ejecutivo contemplaba la creación de solamente un Tribunal Ambiental, principalmente por razones de carga de trabajo, aun cuando también se ponderó la conveniencia de cuidar la uniformidad en la jurisprudencia. Con todo, siempre hubo planteamientos, provenientes fundamentalmente del mundo de las ONG, en orden a aumentar este número. Inclusive, de la historia fidedigna del establecimiento de esta Ley, puede verse como algunos parlamentarios manifestaron su esperanza de que próximamente exista al menos uno por cada región del país. Finalmente, el proyecto inicial fue modificado en el Primer Trámite Constitucional, elevándose a Tres el número de Tribunales Ambientales.

17 El Primer Tribunal Ambiental, con asiento en Antofagasta, que posee competencia en las Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá, de Antofagasta, de Atacama y de Coquimbo; el Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en Santiago y con competencia en las Regiones de Valparaíso, Metropolitana, del Libertador General Bernardo O´Higgins y del Maule; y el Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en Valdivia y con competencia en las Regiones del Biobío, de La Araucanía, de Los Ríos, de Los Lagos, de Aysén y de Magallanes

18 Idea expuesta por el Profesor Luis Cordero, en exposiciones efectuadas en el Primer Trámite Constitucional del Proyecto, ante las comisiones de Constitución y Medio Ambiente, unidas, del Senado. Si bien se reconoce que la proyección de causas era muy baja y que su número actual no daría más que para uno, el dilema que se presentaba era optar entre la eficiencia en el gasto público y el acceso a la justicia. Esta última consideración habría llevado a aumentar en definitiva a tres el número de tribunales ambientales.

Las cuentas públicas entregadas por los nuevos Tribunales Ambientales[19] indican que el segundo Tribunal Ambiental de Santiago durante el año 2013, su primer año de funcionamiento, recibió un total de 34 causas[20] y que el año 2014 conoció un total de 50 acciones (corresponde recordar aquí que por no haber entrado en funcionamiento aún el primer Tribunal Ambiental de Antofagasta, todos los conflictos correspondientes a ese territorio jurisdiccional fueron conocidos por el segundo Tribunal Ambiental de Santiago). Por su parte, el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia en el año 2014, que fue su primer año de funcionamiento íntegro, tuvo un ingreso total de 16 causas. Como contrapartida de esta cantidad de juicios, encontramos que el presupuesto anual que se destina a cada uno de estos Tribunales supera la cantidad anual de mil doscientos millones de pesos. Estas cifras ciertamente levantan una duda acerca de la real necesidad de contar con más de un tribunal ambiental, atendido el importante costo que ellos implican para el Estado.

Más aún, no habiéndose instalado a la presente fecha el Tercer Tribunal Ambiental, puede afirmarse que incluso sería oportuno efectuar una reconsideración en torno a la verdadera necesidad de instalar ese Tribunal. Sería positivo, incluso, emprender una reestructuración de estos Tribunales, por la vía de la modificación legal, tendiente a la redistribución de competencias entre los dos Tribunales actualmente existentes y, más aún, intentar la radicación final de todos los conflictos en un solo Tribunal, recuperando de paso el objetivo de seguridad o certeza en cuanto al criterio de las decisiones adoptadas.

b) Integración y Nombramiento

Cada Tribunal Ambiental está integrado por tres[21] Ministros[22], dos de ellos abogados con destacado ejercicio de la profesión o actividad académica especializada en derecho administrativo o ambiental, más un tercer ministro licenciado en

19 Cuentas Públicas año 2013 y 2014 del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago y Cuenta Pública año 2014 del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia.

20 Boettiger Philipps, Camila. La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria. Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 29, p. 291.

21 En el diseño original del proyecto se había contemplado que cada Tribunal estaría integrado por cinco ministros, tres de ellos letrados y dos con un perfil más técnico. Paralelamente al aumento del número de Tribunales Ambientales, se decidió por la disminución del número de integrantes de estos Tribunales, quedando el diseño en el actual de tres ministros, dos de ellos letrados y uno con perfil técnico.

22 La denominación de “Ministros” a los jueces de estos tribunales no fue pacífica. La Corte Suprema, informando este proyecto de Ley expuso en su Oficio N° 133, de fecha 10 de septiembre de 2010, que esta designación se reserva en general en la ley para los miembros de los tribunales superiores, naturaleza que no comparten los tribunales ambientales. Cuestionó además que estos Ministros, sin perjuicio de la extensión de su magistratura, puedan percibir una remuneración superior a la de un Ministro de Corte de Apelaciones, esto es, a la de un miembro del tribunal superior llamado a revisar la cuestión decidida por el Tribunal Ambiental del que ese Ministro forma parte.

ciencias, con especialización en materias medioambientales[23], configurándose de este modo un Tribunal especializado, de naturaleza mixta, exclusivo para cuestiones ambientales y conocedor de sus complejidades.

Los Ministros, que tienen obligación de dedicación exclusiva[24], permanecerán seis años en sus cargos. Su nombramiento se efectúa por el Presidente de la República con acuerdo de las tres quintas partes del Senado, escogiéndolos de una nómina de cinco personas que propone la Corte Suprema, que a su turno forma tal cinquena con los candidatos que a ella le presenta el Consejo de Alta Dirección Pública.

En cuanto a la composición de este Tribunal, parece discutible aún la necesidad de incorporar a la labor jurisdiccional a profesionales que, no obstante la experticia que puedan tener en materias técnicas, carecen del conocimiento jurídico especializado que la judicatura implica[25], máxime si el recurso a los peritos se mantiene e incluso se propende en la propia Ley N° 20.600, añadiéndose figuras que posibilitan la intervención de especialistas independientes.

Por el contrario, el sistema de nombramiento escogido por el legislador resulta altamente loable y aun cuando sea resistido por algunos actores y en la práctica pueda haber implicado ciertas demoras en la instalación de los Tribunales -por razón de la dificultad para encontrar candidatos aptos para proveer los cargos y luego generar los consensos políticos necesarios para aprobar los nombramientos-, es encomiable el esfuerzo por dotar a estas magistraturas de la más alta calificación, legitimidad y sobre todo de la garantía de que podrán adoptar sus decisiones con absoluta independencia.

23 La integración mixta de estos Tribunales fue objeto de reparos entre importantes exponentes del derecho medioambiental. Así, el profesor Sergio Montenegro Arriagada, Director del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile (quien sin embargo manifestó que las opiniones entregadas las hacía a título personal) ante la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, expuso que "Si bien el tema ambiental, dado su carácter global, holístico, que comprende diversos aspectos físicos, químicos, biológicos, etc. admite un punto de vista ajeno a la disciplina jurídica, la resolución de controversias vinculadas a aquel exige la intervención exclusiva de jueces que sean abogados. Indicó que al momento de resolver, podría haber dificultades con las consideraciones jurídicas, toda vez que en ellas no será posible que tenga una mayor participación el integrante que es lego en la materia. La integración mixta que propone el proyecto guarda similitudes con la de otros tribunales, como los de defensa de la libre competencia, que abordan problemas de tipo económico, pero la temática ambiental requiere un conocimiento profundo respecto de la legislación que la regula y de la historia de la ley, del cual carecen las personas ajenas al ámbito jurídico. Si el tribunal requiriese algún tipo de asesoría en ciertos aspectos que no guardan relación con el Derecho, podría solicitar un informe de peritos, que aseguren una plena imparcialidad".

24 Ley N° 20.600, artículo 3°. Prescribe que el cargo de ministro titular de Tribunal Ambiental es de dedicación exclusiva e incompatible con todo otro empleo, excepto labores docentes y con exigencia de compensación del tiempo restado a su trabajo.

25 Las bases de los concursos públicos para proveer el cargo de abogado asesor de los Tribunales Ambientales confirman este aserto, en cuanto indican como una de las labores fundamentales de tal profesional, el prestar asesoría de carácter jurídico al Ministro que no es letrado, para que este último pueda desempeñar en derecho su función.

c) Competencia

La Ley N° 20.600 dotó a los Tribunales Ambientales de competencias generales en estas materias, buscando unificar la interpretación de la regulación ambiental y dotar de consistencia al sistema de resolución de controversias. En su artículo 17 la Ley N° 20.600 atribuye las competencias de los nuevos Tribunales Ambientales, las que nos permitimos clasificar - discrepando de la clasificación efectuada por el Mensaje Presidencial de la Ley-, atendiendo a la naturaleza de las acciones sometidas a su conocimiento[26], en tres grupos:

i. Competencias de Tribunal Contencioso Administrativo: Reclamaciones[27]. Esta atribución de competencias aparece como un elemento novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, pues generalmente estas materias eran entregadas al

26 En este punto, se ha preferido tomar distancia de la clasificación contenida en el mensaje presidencial, por cuanto ella se basa en criterios que parece no corresponde lógicamente situar como necesariamente diversos. Así, por ejemplo, en el mensaje se agrupa por una parte las reclamaciones contra resoluciones del SEA, de la SMA y, al mismo tiempo, se agrupa en otro conjunto de reclamaciones aquellas intentadas contra actos de carácter general, confundiendo como criterios al autor y al destinatario de la norma. Además, se generan en esa clasificación conflictos de inclusión en las categorías puesto que, por ejemplo, el reclamo de ilegalidad podría incluirse en cualquiera de las categorías propuestas dependiendo del acto concreto en contra del que se intente. La clasificación propuesta, por el contrario, atiende a la naturaleza misma de la acción incoada, más que al ente en contra del cual se reclama, la cual finalmente determina el tipo de procedimiento en que ella es conocida, cuestión con consecuencias suficientemente relevantes desde un punto de vista procedimental como para justificar la agrupación de estas acciones en un mismo conjunto de estudio.

27 Las reclamaciones cuyo conocimiento ha sido entregado a los Tribunales Ambientales, son las siguientes:

i. Reclamaciones contra decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión, los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación.

ii. Reclamaciones contra actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de dichos instrumentos.

iii. Reclamaciones contra resoluciones de la SMA, cuando los afectados estimen que ellas no se ajustan a la Ley.

iv. Reclamaciones contra la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo intentado por haberse negado lugar, rechazado o establecido condiciones a una DIA o un EIA, según corresponda, o bien, contra la resolución dictada con motivo de la revisión de una RCA cuando las variables evaluadas y contempladas hayan sufrido una variación sustantiva.

v. Reclamaciones contra la resolución del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo intentado cuando las observaciones realizadas por cualquier persona, natural o jurídica, no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental.

vi. Reclamaciones contra la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental.

conocimiento de los Tribunales Ordinarios, constituyendo un importante esfuerzo en miras al establecimiento de una jurisdicción contencioso administrativa para las materias medioambientales en nuestro país. Con todo, para algunos esto sigue siendo insuficiente y se mantiene imperiosa la necesidad de un Tribunal que conozca en forma general de todo el contencioso administrativo.[28]

ii. Competencias de Control Jurisdiccional de la SMA: Solicitudes. Es de competencia de los Tribunales Ambientales, igualmente, actuar como contrapeso frente a las importantes facultades fiscalizadoras y sancionadoras entregadas a la SMA[29]. En ciertas oportunidades se constituye en un tribunal de control previo, especialmente ante medidas provisionales más lesivas que puede adoptar la SMA en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Y en los restantes casos, obra como un Tribunal de revisión plena, que puede ser hasta obligatoria si la sanción impuesta reviste alta gravedad.

iii. Competencias para conocer de las demandas de reparación del daño ambiental. En este punto la Ley hizo una distinción importante, pues deja a la competencia de estos nuevos Tribunales solamente el conocimiento de la acción de reparación del daño ambiental contenida en la Ley N° 19.300, manteniendo en los Tribunales ordinarios de justicia la competencia para conocer de la acción en que se persigue la indemnización de perjuicios por la producción de daño civil que deriva del daño ambiental[30], ya establecido necesariamente y en forma previa por una sentencia del Tribunal Ambiental[31]. La competencia para conocer la acción indemnizatoria se confiere al juzgado

28 Boettiger Philipps, Camila. La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria. Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 29, p. 291.

29 Las competencias entregadas a los Tribunales Ambientales, en cuanto contrapeso de la SMA, podríamos señalar son las siguientes:

i. La adopción de medidas provisionales con el objeto de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, autorización que es precisa solamente en el caso de las medidas que la ley contempla y que son aquellas que resultan más intrusivas y gravosas respecto de las actividades de los particulares.

ii. La orden de suspensión transitoria de una autorización de funcionamiento contenida en una RCA u otras medidas urgentes y transitorias, cuando la ejecución de un proyecto genere daño inminente y grave para el medio ambiente por incumplimiento de las medidas y condiciones contenidas en dicha resolución, o bien cuando idéntico efecto lo provoquen efectos no previstos en la evaluación, y

iii. La aplicación de sanciones de importante gravedad, como son la clausura temporal o definitiva y la revocación de la RCA cuando, por causa de infracciones cometidas por los particulares, ellas sean decididas como pertinentes por el ente fiscalizador.

30 Vidal Olivares, Álvaro. Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX, p.125.

31 El presente trabajo sostiene, como se expondrá más adelante, que resulta imprescindible contar con una sentencia previa de un Tribunal Ambiental, que declare la existencia de daño ambiental, para poder hacer ejercicio de esta acción de indemnización de perjuicios.

de letras en lo civil, señalando la ley incluso el procedimiento en dicha acción deberá sustanciarse[32].

3.2. Procedimientos

La Ley N° 20.600 establece, de manera acertada, distintos tipos de procedimientos con arreglo a los cuales deberán sustanciarse los asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales Ambientales, atendiendo esencialmente a la diversa naturaleza de las materias entregadas a su competencia.

Esta diferenciación de procedimientos no había sido contemplada en el Proyecto de Ley ingresado originalmente al Congreso[33] y constituyó un aporte crucial al objetivo de contar con una efectiva justicia ambiental, pues las distintas cuestiones entregadas a la jurisdicción de estos Tribunales tienden a objetivos totalmente diversos, que sólo tienen de común la finalidad última de protección medioambiental, pero lo cierto es que haber ofrecido a todas las materias un procedimiento genérico pudo perfectamente haber tornado inútil todos los esfuerzos legislativos y hasta la instalación de los Tribunales en sí mismos.

En efecto, la pretensión de invalidación de un acto administrativo poca relación posee con la de reparación del medio ambiente y ambas, a su vez, con la pretensión de la SMA de que se le autorice para imponer una medida contra un particular. Ellas poseen distintos objetivos, tienen complejidades técnico - jurídico diversas y en tanto algunas requieren de una etapa de discusión y prueba, otras, por la urgencia o gravedad de los hechos, exigen una decisión que prescinda de esas cavilaciones.

a) Distintos tipos de Procedimiento

En su Título III la Ley regula los distintos procedimientos, principiando por las disposiciones comunes a ellos para luego tratar en particular de las reclamaciones, las solicitudes y el procedimiento por daño ambiental.

Como hemos expuesto, de estos procedimientos lo más destacable es la apropiada distinción entre los diferentes tipos de acciones, que contempla un procedimiento totalmente expedito a las solicitudes urgentes que efectúe la SMA, remitiéndose la Ley N° 20.600 a la Ley N° 20.417 en este sentido, en cuanto a que la

32 Ley N° 20.600, artículo 46.

33 El Proyecto de Ley ingresado al Congreso establecía, en sus artículos 18 y siguientes, un procedimiento único para conocer de todas las causas sometidas a la competencia del entonces único Tribunal Ambiental. El artículo 19 de dicho proyecto señalaba que: “El conocimiento y fallo de las causas a que se refiere el artículo 17 de esta ley, se someterá al procedimiento regulado en los artículos siguientes”.

autorización se obtendrá por la vía más expedita posible, incluyendo la telefónica[34]. Se entrega, por el contrario, un procedimiento contencioso a las reclamaciones, el cual es más bien breve y contempla un examen de admisibilidad, la solicitud de informe al ente reclamado y la posterior vista del reclamo en relación. Y, finalmente, se establece un procedimiento de lato conocimiento para el caso de la acción de reparación del daño ambiental, reconociendo las complejidades de esa temática, el cual sin embargo se desmarca de la escrituración propia de los procesos civiles y contempla importantes elementos de oralidad e inmediación.

b) Disposiciones comunes

De mayor interés que repasar en detalle los procedimientos que la ley contempla, resulta dar una mirada a las disposiciones comunes a estos procedimientos, pues en ellas encontramos los principios que inspiran y rigen el actuar de los nuevos Tribunales Ambientales y que pueden orientar su proceder en caso de suscitarse algún conflicto.

La publicidad de estos procedimientos es su primer elemento distintivo y ella no debiera extrañar, pues constituye uno de los anhelos más importantes de la institucionalidad ambiental y va en la misma línea de un sinnúmero de mecanismos de publicidad e información que nuestra legislación ha ido adoptando. El acceso a la información fortalece y hace efectivo el principio democrático y el aporte que el derecho ambiental ha realizado al derecho administrativo ha sido clave en la consagración normativa de este derecho, condición necesaria para el logro de una efectiva justicia ambiental[35].

Por el contrario, sí resulta novedosa y destacable la adopción de un principio de oficialidad en el procedimiento y aun cuando constituye una decisión lógica, es un importante paso del legislador, puesto difiere de la tradicional usanza de nuestro sistema judicial. La adopción de este principio parece acertada, pues en los conflictos relativos a asuntos medioambientales no solamente están en disputa los intereses privados de los litigantes, que puede haberlos, sino que necesariamente habrá involucrado un bien jurídico de máximo interés público, como es la protección del medio ambiente, razón por la cual corresponde al Tribunal Ambiental asumir un rol activo en el impulso del proceso.

La Ley N° 20.600 prescribe que las partes en estos procedimientos deberán actuar representadas en la forma prevista en la Ley N° 18.120 sobre comparecencia en juicio, haciendo necesaria la asistencia letrada para comparecer ante estos Tribunales. Más allá de los clásicos reparos en cuanto a que esta imposición dificulta el acceso a la justicia, parece evidente que la opción del legislador fue en aras de

34 Ley N° 20.417, artículo 48.

35 Jorge Bermúdez Soto. El Acceso a la Información pública y la Justicia Ambiental. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIV, pp.571-596.

dar mayor calidad al debate y de propiciar un mejor espacio a la discusión técnica, lo cual repercute en un mejor conocimiento de los hechos por parte del Tribunal y una consecuente mejor sentencia.

A los procedimientos establecidos por la Ley N° 20.600 les resultan aplicables y en todo aquello que no fuere contradictorio con sus disposiciones particulares, como normativa supletoria, las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario y las normas comunes a todo procedimiento. Además de esa remisión general, encontramos referencias específicas a ese cuerpo legal como la efectuada a propósito de la reglamentación de las notificaciones incorporándose, como en todo procedimiento moderno, la posibilidad de practicarlas vía correo electrónico[36] y la referencia a propósito del contenido de las sentencias, añadiendo el imperativo de enunciar los fundamentos técnico ambientales con arreglo a los cuales ellas se pronuncien[37].

En materia de recursos, sin embargo, existe una notoria diferencia y limitación respecto del esquema recursivo ordinario del Código de Procedimiento Civil, en tanto sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación, en tanto que contra la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Ambiental procederá únicamente el recurso de casación, tanto en el fondo como en la forma, pero este último únicamente por determinadas causales, cuestión esta última que ciertamente será objeto de debate e incluso podría dar pie a un requerimiento al Tribunal Constitucional[38].

c. Instituciones relevantes recogidas en los procedimientos por daño ambiental

c.1 *Amicus Curiae*

Una figura muy relevante y especialmente novedosa que se introduce por esta Ley es que, atendido el eminente interés público que se encuentra comprometido, se acepta la participación de terceros denominados "*Amicus Curiae*", también conocidos como amigos de la corte, recurso jurídico que consiste en la posibilidad de que una persona u organización que no es parte del juicio concreto de que se trate, pueda efectuar exposiciones al Tribunal que esté conociendo de la causa, fundamentado ello en que tiene algún interés público y no directo ni pecuniario en la materia, participación que se concreta mediante la presentación de un informe, estudio u opinión, conocida como *amicus briefs*.

36 Ley N° 20.600, artículo 22.

37 Ley N° 20.600, artículo 25.

38 En Sentencia dictada con fecha 2 de enero de 2015, en causa Rol N° 2.529-13-INA, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable el inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, que limita las causales de casación en la forma en los juicios regidos por leyes especiales. Idéntica discusión podría suscitarse a propósito de la limitación que la Ley N° 20.600 efectúa a ese recurso.

Prescribe el texto legal[39] que el Tribunal dará publicidad a la resolución que admita a tramitación la acción y que, luego de tal aviso, cualquier persona con reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia, que pese a no ser parte en el proceso pero invoque la protección de un interés público, podrá presentar una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias, la cual deberá ser considerada por el Tribunal en su sentencia, lo que, con todo, no conferirá la calidad de parte a quien la emite.

El reconocimiento a actuar en los procesos a estos amigos de la corte, pese a que tiene sus orígenes en el Derecho Romano, resulta ajena a la mayoría de los procedimientos contenciosos de la tradición jurídica continental y su uso se ha extendido principalmente en los países del *Common Law*[40]. En efecto, en la mayoría de los países de nuestra tradición jurídica no existe la práctica establecida de permitir a terceros intervenir o participar en un procedimiento judicial, salvo que posean un interés directo en el resultado de la disputa, el que habitualmente es entendido como de carácter pecuniario.

Esta figura, si bien podría asimilarse a la de los terceros independientes recogida por nuestros procedimientos civiles, resulta distinta a la de ellos y únicamente permitiría arribar a un resultado equivalente si los Tribunales interpretaran de manera amplia este derecho de intervención[41], desligándolo de un interés estrictamente pecuniario. Ante ese estado de cosas, la Ley N° 20.600 efectúa una innovación importante que en ningún caso estuvo exenta de reparos[42] y

39 Ley N° 20.600, artículo 19.

40 Polanco Lazo, Rodrigo, "*Amicus Curiae*, El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones", en Revista del Abogado N° 35, noviembre de 2005.

41 Polanco Lazo, Rodrigo, "*Amicus Curiae*, El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones", en Revista del Abogado N° 35, noviembre de 2005.

42 Algunos de estos reparos los efectuó el profesor Sergio Montenegro Arriagada, Director del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile (quien sin embargo manifestó que las opiniones entregadas las hacía a título personal) ante la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. En concreto, sin perjuicio de manifestar su conformidad general a la instauración de tribunales especializados en cuestiones ambientales, expuso que "La institución del *amicus curiae*, figura absolutamente extraña en nuestra legislación y, aunque haya funcionado bien en Europa y en Estados Unidos, no se aviene con la realidad chilena. Según el proyecto, esta figura correspondería a cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el procedimiento y posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido a conocimiento del tribunal ambiental. Sin embargo, no se establece la entidad que certificara que cumple con tales requisitos y que puede, en consecuencia, participar en la tramitación de la reclamación o la demanda por daño ambiental. Por otra parte, el informe que evacue no es vinculante para el tribunal, de modo que carece de justificación la implementación de esta figura, máxime si se considera que en nuestro sistema procesal es posible solicitar un informe de peritos. A ello debería sumarse que, por la circunstancia de ser un elemento ajeno, seria proclive a determinar ciertos criterios a través de sus planteamientos, que podrían ejercer cierta influencia sobre los miembros del tribunal".

reconociendo el interés público involucrado en las demandas por daño ambiental[43], acepta la participación de *amicus curiae* para esta clase de procedimientos.

La relevancia de la consagración expresa y de la regulación de la forma en que estos terceros pueden actuar, consiste en que sin tal normativa explícita bien pudo la figura haber quedado en letra muerta y haber decantado en una posibilidad de participación sujeta a la discrecionalidad de los Ministros, formados en una tradición que por regla general rechaza este tipo de actuación. Con la consagración expresa, asimismo, se permite un mejor resguardo del interés público involucrado en el juicio, ya que esta participación se limita a personas con reconocida idoneidad técnica y se concreta en una opinión formal que, en definitiva, permitirá una sentencia precedida de la mayor cantidad posible de antecedentes.

La experiencia de los Tribunales Ambientales en lo referido a la participación de *Amicus Curiae* no ha sido frecuente, pero en las ocasiones que se ha verificado ha tenido aplicación y utilidad práctica, sirviendo como importante antecedente para el pronunciamiento de las sentencias definitivas por parte de los Tribunales.

En el Tribunal de Santiago ya se trata de una figura conocida y ha permitido la participación de destacados especialistas en litigios de alto interés público, como fue la intervención del geólogo Sr. Luis Donoso Carmona en la reclamación de la Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén contra el director nacional del Servicio Nacional de Geología y Minería, a efectos de entregar antecedentes respecto a la corrección con que se llevó a cabo la evaluación de riesgos en el caso del Proyecto Central Hidroeléctrica Río Cuervo[44], o la intervención efectuada por el Bioquímico Sr. Pablo Ruiz Rudolph en el caso de la reclamación deducida por don Fernando Dougnac Rodríguez y otros contra el Ministerio del Medio Ambiente sobre la derogación de la norma de MP10 de concentración anual, con el objetivo de discutir en forma estructurada la evidencia internacional que sustenta la noción de que la exposición a MP10 de largo plazo puede producir efectos en salud crónicos, los cuales pueden ser independientes de la exposición

Por el contrario, a favor de esta institución estuvo la opinión del profesor Juan Domingo Acosta, que discrepando de lo expuesto por el profesor Montenegro expuso ante la misma comisión, que esta institución "de origen anglosajón surge como una manifestación de la democracia en aquellos procesos que comprometen el interés publico, como los vinculados, a modo ejemplar, con los derechos humanos. En virtud de esta institución, que se utiliza con éxito y frecuencia en Estados Unidos, Inglaterra y en los países de la Unión Europea se permite que los especialistas en el ámbito que se discute tengan derecho a ser oídos en este tipo de procesos".

43 El sólo hecho de que la Ley N° 19.300, en su artículo 54, entregue de la titularidad de la acción al Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado, da cuenta del interés público comprometido en dichos procedimientos.

44 Intervención ocurrida en causa seguida ante el Segundo Tribunal Ambiental, causa R 34-2014.

a MP2,5, además de revisar la evaluación de efectos económicos y sociales de dicha derogación normativa[45].

Pese a su corto tiempo de funcionamiento, el Tribunal de Valdivia también ha contribuido a dar configuración a este novedoso instituto. Pese a haber rechazado dos intentos de participación en juicios precedentes, aduciendo razones de interés de los solicitantes, finalmente se admitió la participación de un *Amicus Curiae* como fue la opinión del Geólogo Sr. Andrés Tassara Oddo en el marco la reclamación interpuesta por la Ilustre Municipalidad de San Fabián de Alico a propósito del Proyecto Embalse Punilla[46] y, más aún, el Tribunal entregó un aporte valiosísimo en ese caso particular, pues el Tribunal junto con admitir la participación pronunció una muy fundada resolución, que ofrece elementos relevantes para sentar jurisprudencia respecto a esta figura, distinguiendo la actividad de un *Amicus Curiae* de la que puedan tener terceros interesados en la causa e incluso, de los intentos velados de actuación extemporánea que tuviese alguna persona que en rigor habría de tener la calidad de parte en el proceso[47], cuando discurre señalando que *"de acuerdo a los antecedentes de autos, el solicitante no es parte en el proceso, no ocurre en apoyo de ninguna parte, ni se encuentra financiado por alguna de ellas, circunstancia esta última de suma importancia, pues de ser así, el solicitante no sería más que una extensión de los intereses de la parte que lo financia, lo que contraría el requisito del interés público(...). Del mismo modo, el solicitante no es una potencial parte que perdió su oportunidad procesal para serlo, y que por la vía del Amicus Curiae quiera subsanar su propia torpeza"*.

c.2 Cargo fiscal de los costes del informe pericial

Otra innovación de máxima relevancia que introduce la Ley N° 20.600, consiste en la regulación que se entrega para la generación en juicio de un Informe pericial[48]. Este informe puede ser requerido a petición de parte e incluso de oficio por el propio Tribunal, quien designará a una o más personas naturales, Universidades u organismos públicos especializados para tal tarea. Evidentemente, la calidad técnica de los profesionales que preparan estos informes implica costos elevados, que en caso de existir asimetría en las capacidades económicas de los litigantes puede implicar una situación de indefensión, escenario indeseable en términos generales pero que, tratándose de una acción por daño ambiental en que existe un primordial interés público involucrado, se torna inaceptable[49].

45 Intervención ocurrida en causa seguida ante el Segundo Tribunal Ambiental, causa R 22-2014.

46 Intervención ocurrida en causa seguida ante el Tercer Tribunal Ambiental, causa R 3-2014.

47 Sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental, causa R 3-2014.

48 Ley N° 20.600, artículo 42.

49 La senadora Soledad Alvear en la discusión en sala del proyecto, llamó la atención sobre la importancia de este punto, pues la mayoría de las causas que se verán en los tribunales ambientales implicarán la presencia, por una parte, de empresas muy grandes y, por otra, de personas u organizaciones que buscaran presentar los antecedentes sobre el proyecto. Las empresas podrán contratar peritos. Sin embargo, a las organizaciones les resultara muy difícil hacerlo. Y frente a un peritaje, se necesitara contar con el de la otra parte. Eso es lo que busca el artículo, asegurar la igualdad ante la ley, desde el punto de vista de los peritajes que se requieran, pues permite que las personas de escasos recursos dispongan de un perito.

La ley se hace cargo de las posibles situaciones de desigualdad económica de las partes que pudiera verificarse en un proceso, e introduce un elemento de justicia o equidad, consagrando un esquema en que los gastos derivados de la intervención de los peritos corresponderán en principio a la parte que los presente, pero excepcionalmente, el Tribunal podrá eximir a esa parte del pago cuando considere no cuenta con medios suficientes, siendo el Tribunal quien regule prudencialmente la remuneración del perito y asuma su coste, quedando siempre a salvo el derecho de designar un perito adjunto que podrá estar presente en todas las fases del estudio y análisis que sirvan de base a la pericia.

4. Posibles conflictos con la actual institucionalidad

La incorporación de estos nuevos entes jurisdiccionales supone, necesariamente, que un sinnúmero de procesos y relaciones del esquema ambiental diseñado originalmente por la Ley N° 19.300 y sus posteriores reformas resulten perturbadas, tanto por causa de las modificaciones expresas contenidas en textos legales, como por las interpretaciones o criterios distintos que los Tribunales Ambientales y ordinarios puedan adoptar. Ante este escenario, sin duda los puntos de conflicto serán múltiples y su superación debiera pasar principalmente por el ejercicio de la tarea interpretativa y, por qué no, mediante el actuar colaborativo de los propios involucrados[50]. En adelante, trataremos algunos tópicos que estimamos pueden ser de interés.

a) En relación con el rol de Tribunal contencioso administrativo

i. Uno de los elementos que debiera dar lugar a discrepancias, dice relación con el estándar de revisión que los nuevos Tribunales Ambientales establezcan para conocer de las reclamaciones en contra de los actos de la administración.

Una postura restringida sería que estos Tribunales, a falta de una norma expresa, hubieran de ceñirse a un control enfocado principalmente a la legalidad del acto en revisión, lectura que resulta avalada por la historia de la ley, en tanto el proyecto contenía una indicación expresa que encargaba a estos Tribunales un

50 Un buen ejemplo de colaboración lo ofrecen los acuerdos a que ha arribado el Tercer Tribunal Ambiental con diversas Cortes de Apelaciones de la Macro zona sur del país en que él tiene competencia, como por ejemplo el suscrito con la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que permite que el tribunal pueda constituirse en la sede de dicha Corte cuando deba realizar sesiones o audiencias de alegatos en materias originadas en la Región de Magallanes.

control amplio, disposición que luego fue eliminada del texto definitivo de la Ley. Por el contrario, una interpretación más amplia y que parece más apropiada, es entender que estos Tribunales sí disponen de esas competencias extensas para el conocimiento y resolución de estas materias, abarcando un estándar amplio de revisión judicial, pudiendo considerar en sus sentencias aspectos jurídicos, incluidas la razonabilidad y proporcionalidad en su dictación, así como también derechamente los aspectos técnicos de la decisión[51].

En efecto, si bien el texto original del proyecto de Ley incluía en su artículo 27, equivalente del definitivo artículo 25, una referencia expresa a esta competencia plena al señalar que "En el ejercicio de estas competencias el tribunal tendrá plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustituir la decisión en la parte que corresponda."[52]. Pareciera que el estándar de revisión se mantiene, no solamente por ser ese el ánimo expreso del legislador tal y como consta del mensaje del proyecto de Ley, sino también porque la naturaleza y composición mixta del Tribunal así lo dejan manifiesto. Razonar de otro modo tornaría incomprensible la existencia de Tribunales especializados y la incorporación de ministros letrados con experiencia y diestros en dichas materias e incluso la incorporación de ministros con capacidades derechamente científicas, si el afán del legislador al establecer estos Tribunales hubiese sido el de que ellos solamente se dedicaran a revisar cuestiones de legalidad o de estricto derecho. Avala esta idea, asimismo, el argumento de texto que nace del artículo 25 de la Ley N° 20.600, que tratando del contenido de las sentencias de estos Tribunales, prescribe que ellas deben expresar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncian.

Tal parece que el criterio firme que los propios Tribunales han asumido y que cuenta con respaldo jurisprudencial y doctrinario, es que la revisión judicial es amplia, completa, tanto de aspectos formales como sustantivos[53], en tanto se ha entendido que este Tribunal puede perfectamente abocarse al conocimiento de los aspectos técnicos del conflicto, adentrándose cabalmente en la fundamentación misma del acto administrativo que se impugna y somete a su conocimiento, sin llegar nunca eso sí al extremo de sustituir a la administración y pretender determinar el contenido discrecional del acto impugnado.

El Segundo Tribunal Ambiental, por ejemplo, ha entendido que el estándar de revisión que debe utilizar es uno amplio, señalando incluso que *"la revisión de legalidad de la resolución recurrida implica un juicio sobre la motivación y*

51 Mensaje de la Presidencia de la República con el que se presenta al Senado el Proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental.

52 Proyecto de ley presentado ante el Congreso, que crea el Tribunal Ambiental.

53 Boettiger Philipps, Camila. La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria. Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 29, p. 291.

justificación de la aplicación de la sanción…" y que *"el control de motivación debe ser no solo de hechos sino también de derecho, siendo revisable el acto dictado sin motivación o con motivación insuficiente"*[54].

En la búsqueda de las respuestas a esta primera situación de potencial conflicto ha sido muy feliz encontrar que la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales, junto con abocarse a una revisión amplia de los actos impugnados, ha intentado también a efectuar importantes contribuciones al derecho medioambiental y al derecho administrativo en general, seguramente por el carácter de especialistas que sus ministros poseen.

Así, en sus fallos ha sido frecuente encontrar la exigencia para con los órganos del Estado en cuanto al estándar de motivación que deben contener los actos impugnados, exigiendo en ellos motivaciones robustas que permitan comprender debidamente las razones para su dictación. Se ha razonado en orden a que la motivación que debe darse a los actos dictados no implica una especial extensión, pero que es relevante la fuerza de los argumentos que se invocan, desechando de ese modo argumentaciones genéricas y requiriendo incluso subsanar o mejorar esa deficiencia en el nuevo acto que deba dictarse conforme lo decidido en las sentencias pronunciadas.[55]

El estándar de motivación, se ha expresado, debe ajustarse a las normas de la Ley N° 19.880, que establece claras disposiciones sobre la motivación de los actos administrativos. Además, se ha traído a colación dictámenes de la Contraloría General de la República, fallos de la Corte Suprema y profusa doctrina nacional como la de los profesores Eduardo Soto Kloss, Iván Aróstica, Mario Mosquera, Cristián Maturana, etc., que ha llevado a los Tribunales a concluir que *"la obligación de motivar las resoluciones, sobre todo aquellas que imponen sanciones como manifestación del poder punitivo del Estado, es una exigencia que nace, en principio, como una forma de convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de su contenido, facilitarles los recursos y otorgar un control más cómodo al Tribunal que deba conocer de los eventuales recursos que puedan deducirse"*[56].

Y, más aún, han pasado estos Tribunales incluso a efectuar apreciaciones respecto a la legislación medioambiental y administrativa en general que puede aplicarse en diversas situaciones, refiriéndose por ejemplo a la presencia o ausencia en la SMA de una suerte de competencia para aplicar el "principio de oportunidad" que existe ciertamente en materia penal, descartándose que la SMA cuente con dicha posibilidad considerando el archivo de antecedentes entonces como una posibilidad

54 Sentencias dictadas por el Segundo Tribunal Ambiental en causas Rol R 6-2013 y R 26-2014.

55 Sentencias dictadas por el Segundo Tribunal Ambiental en causas Rol 14-2013 y R 24-2014.

56 Sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R 6-2013.

de *ultima ratio*[57], o bien a la aplicabilidad y el carácter especial o subsidiario de normas generales atinentes a la materia, como es el caso de la Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, cuerpo legal aplicable supletoriamente a la Ley Orgánica de la SMA[58].

ii. El elemento quizá más controversial con la incorporación de los Tribunales Ambientales está dado por las decisiones que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema puedan continuar adoptando en conflictos medioambientales, a propósito de la interposición de Recursos de Protección.

Como consecuencia de la creación de los Tribunales Ambientales y del rol de tribunal de control amplio que ellos poseen, lo más lógico es que la Corte Suprema fuese marginándose de manera paulatina de efectuar cualquier examen fáctico en este tipo de materias, reservándose su actuación exclusivamente al marco de un posible recurso de casación que se presentara contra la decisión del Tribunal Ambiental, recurso de derecho que en principio repele la revisión de los elementos de hecho del asunto controvertido.

Sin embargo, lo cierto es que el máximo Tribunal (especialmente a propósito de acciones de protección) perfectamente puede seguir abocándose al examen de esa clase de tópicos. Asimismo, tratándose de recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por los Tribunales Ambientales, no es difícil imaginar la Corte Suprema fundada en la existencia de infracción a normas reguladoras de la prueba, pudiera terminar efectuando una indagación similar y, en definitiva, el resultado es que será la propia Corte Suprema la que determine el nivel de penetración y control jurisdiccional que asumirá en las cuestiones de hecho establecidas por los Tribunales Ambientales.

En este sentido, el trabajo de la profesora Camila Boettiger P.[59] expone cómo la jurisprudencia da cuenta de un cierto retroceso de parte de las Cortes en el conocimiento de asuntos de carácter ambiental –en sede de protección-, en tanto los mismos podrían también haber sido conocidos por los Tribunales Ambientales. Se traen a colación al efecto fallos que declararon que *"...las materias planteadas deben ser ventiladas en el procedimiento contenido en la Ley 20.600, ante el Tribunal Ambiental creado especialmente al efecto, lo que se contrapone con la naturaleza cautelar de la acción de protección"* y que exceden de la acción cautelar las materias que implican "*un análisis de lato conocimiento de cuestiones de una complejidad que excede el contexto*

57 Sentencias dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol 14-2013.

58 Sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R 20-2014.

59 Boettiger Philipps, Camila. La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria. Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 29, p. 291.

de un recurso de protección, el cual es estrictamente cautelar de derechos indubitados…".

Adicionalmente, el pleno de la propia Corte Suprema ha señalado abiertamente su preferencia en este punto, manifestándose a favor de que en estas materias se accione ante los Tribunales Ambientales que constituyen la vía ordinaria y correcta para evitar una judicialización en sede de protección[60].

En esta primera etapa de convivencia de ambos organismos jurisdiccionales y a medida que va produciéndose una cierta armonización en los criterios de decisión entre ambos Tribunales, parece razonable que se entregue por parte del máximo Tribunal un mayor espacio y libertad a esta nueva judicatura especializada, quedando en manos de los nuevos tribunales especiales la revisión de legalidad y de aspectos técnicos de los asuntos, en procesos ordinarios y con forma de juicio, manteniendo por su parte las Cortes competencia- en sede de protección- solamente respecto a la tutela y cautela de garantías constitucionales.

Debe precisarse en este punto que la acción de protección no se posiciona como una acción residual frente a las reclamaciones que pueden ejercerse ante los Tribunales Ambientales, sino que cada uno tiene su ámbito propio de aplicación y la mera existencia de un procedimiento ante un tribunal especial jamás constituirá un obstáculo para excluir a las Cortes de un asunto[61]. Y, asimismo, estas últimas tampoco pueden pasar a conocer intempestivamente materias que tienen previstas en la ley un procedimiento especial para su resolución.

Se ha observado cómo, pese a que la legislación ambiental contempla recursos especiales para reclamar por los permisos ambientales, ellos continúan sin interponerse porque los recursos de protección resultan más eficaces y ágiles, y admitidos a trámite, esa irrupción puede truncar el proceso de evaluación ambiental[62]. Es importante que el recurso de protección se utilice estrictamente en los casos que corresponde y que las Cortes repelan los intentos de abusar de ese mecanismo pues, como señala una interesante resolución dictada por el Máximo Tribunal *"no obstante establecerse en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, lo que obliga a este Corte a emitir un pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que*

60 Oficio N°115-2014, de fecha 10 de diciembre de 2014 por el cual el Pleno de la Corte Suprema informa a la Cámara de Diputados el proyecto de Ley que modifica la Ley N° 19.300, Boletín 9.683-2012.

61 Pinilla, Francisco. "Recurso de protección ambiental y su buena salud frente a la competencia del Tribunal Ambiental". Diario Constitucional.cl de 30 de octubre de 2013.

62 Ruiz Fabres, Alejandro. "El escenario que espera a los Tribunales Ambientales". Revista del Abogado - Publicación del Colegio de Abogados de Chile, N° 56 año 2012.

crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia".[63]

iii. También relacionado con el rol de Tribunal contencioso administrativo que asumen estos nuevos tribunales, especialmente en cuanto a su labor contralora de la actividad punitiva de la SMA, pareciera ser ésta una ocasión ideal para que se genere una rica jurisprudencia tanto de la judicatura medioambiental como de los Tribunales superiores en relación con el principio *Non Bis in Ídem*. Este tema evidentemente escapa al objeto del presente trabajo y ha sido ampliamente tratado en la doctrina, sin embargo, subsisten diversas interpretaciones y escasean pronunciamientos jurisdiccionales contundentes al respecto, en especial por una malentendida "deferencia" de los Tribunales Ordinarios hacia a la autoridad administrativa.

En efecto, si bien es comprensible que la comisión de un acto puede implicar la vulneración de normativa de diversa clase, que al estar establecida para objetivos o el resguardo de bienes jurídicos también distintos, haría justificable la imposición de sanciones agregadas[64], no es menos cierto que por la ejecución de un sólo hecho material de parte de un sujeto, que no siempre es una persona de simple definición[65] se expone a un cúmulo de responsabilidades que además de naturaleza administrativa, pueden llegar a ser de corte civil e incluso penal (sin siquiera ahondar los conflictos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cada vez más demandada por parte de nuestros autores[66]), que es preciso impedir[67] o, cuando menos, delinear con claridad a objeto de entregar un cierto grado de previsibilidad a las personas, certeza jurídica que al mismo tiempo vendría a dotar de legitimidad a las decisiones posteriores.

El fallo más importante que se refiere a estas materias está dado por la Sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en el marco del caso Pascua Lama[68], en que se acogen parcialmente las reclamaciones interpuestas en contra de Resolución de la SMA que sancionó a la Compañía Minera Nevada S.A. por

63 Sentencia Corte Suprema de fecha 22 de mayo de 2014, dictada en causa Rol N° 16.817-2013.

64 Román Cordero, Cristian. El castigo en el derecho administrativo. Derecho y Humanidades, N° 16, vol.1, p.162.

65 Ramírez torrado, María Lourdes. Consideraciones al requisito de identidad subjetiva del principio non bis in idem en el ámbito del derecho administrativo sancionador español. Revista de Derecho, Vol. XXII, N° 1, julio 2009, pp. 95 y 101

66 Matus Acuña, Jean Pierre et al. Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional. *Ius et Praxis*, Talca, Vol. 9, N° 2, 2003.

67 Vergara Blanco, Alejandro. Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador. Revista de derecho Universidad Católica del Norte, N° 2 año 2004, p. 143.

68 Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R 6-2013.

diversas infracciones como un todo, entendiendo un concurso infraccional, y que ordenó a la SMA modificar su Resolución y sancionar independientemente esas diversas infracciones.

El Tribunal Ambiental fue categórico en este fallo y por decisión unánime rechazó el criterio sancionador ocupado por la SMA, consistente en agrupar las 22 infracciones cometidas por la empresa minera y ante 19 de ellas estimar sólo dos incumplimientos, que sumados a las tres restantes dieron lugar a la multa de 6.000 UTA., impidiendo así la imposición de alguna otra sanción ostensiblemente más gravosa. Razonó el ente jurisdiccional en su sentencia que sí existió ilegalidad y falta de motivación –nuevamente- en la SMA y que *"la Resolución impugnada, al reconocer la existencia de concurso infraccional, no especificó si se trataba de un concurso real o ideal* (después la SMA plantearía que se trataba de un concurso "imperfecto"), *pero que, en ningún caso, se trataría de este último pues no se trataría de un solo hecho que incurre en dos o más infracciones, ni tampoco de unos hechos que estén en una relación de medio a fin".*[69]

b) En relación con su competencia para conocer de la acción de reparación del daño al medio ambiente

i. Rol de tutela activa del medio ambiente de los Tribunales Ambientales. Del análisis del mensaje y de la historia fidedigna de la presente ley, de la configuración misma que se ha dado a este órgano jurisdiccional, y sobre todo, de disposiciones específicas contenidas en la Ley N° 20.600, resulta palmario que estos organismos, además del mandato de resolver los conflictos de su competencia, están impuestos igualmente de un rol tutelar de un bien jurídico que las Leyes N° 19.300 y N° 20.600 estiman de máxima importancia, como es la protección del medio ambiente, que resulta determinante a la finalidad última de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana y la mejora de la calidad de vida de las personas, así como de las generaciones futuras[70].

En las raíces mismas del establecimiento de estos entes jurisdiccionales se encuentra no sólo la resolución de controversias, sino la necesidad imperiosa de participar en forma protagónica en la búsqueda de una mejor y mayor protección al medio ambiente, lo cual concreta la Ley N° 20.600 asignando a estos nuevos Tribunales un rol activo en la sustanciación de sus causas. Pesa sobre estos Tribunales el principio de oficialidad, que les impone la carga de impulsar los procedimientos y, además, tratándose del caso particular de las acciones de reparación del daño al medio ambiente, pueden solicitar peritajes, eximir a las partes del pago de éstos si

69 Montenegro Arriagada, Sergio. Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en el caso "Pascua Lama". Revista de Derecho Público, Vol. 80, 1er Semestre 2014, p. 173.

70 Bermúdez Soto, Jorge. Fundamentos de derecho ambiental. Ediciones Universidad Católica de Valparaíso, p. 34.

observan la necesidad de tal medida dejando de cargo fiscal este gasto e inclusive y pueden oír el pronunciamiento de terceros que no son parte de la causa, haciendo uso de la figura del *Amicus Curiae*.

Pero la disposición fundamental y que sin lugar a dudas parece definitiva para afirmar el rol tutelar que ha sido entregado a estos Tribunales, es el encargo de velar por la Indemnidad de la reparación del daño ambiental.

El artículo 44 de la Ley N° 20.600 prescribe que "La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado". Esta disposición ha de ser interpretada de manera armónica con el cuerpo legal que la contiene y con el resto del ordenamiento. El resultado de dicha tarea hermenéutica no es otro que la afirmación de que tal norma no sólo establece la prohibición de celebrar un acuerdo lesivo del medio ambiente y que le prive a este de una debida reparación, sino que implica adicionalmente un mandato a los nuevos Tribunales Ambientales de obrar como garantes de ese objetivo.

En el marco de una demanda de reparación del daño al medio ambiente, que en principio puede ser objeto de transacción, conciliación o avenimiento, ha de respetarse la prohibición antes referida y el garante principal de dicha norma, en tanto es quien está naturalmente llamado a visar tales arreglos, impidiendo se celebre una convención antijurídica es, justamente, el Tribunal Ambiental, obviamente sin perjuicio de que en caso de que un acuerdo en tal sentido llegara a materializarse él pueda ser invalidado más tarde conforme a las reglas generales, por cuanto adolece de un vicio de nulidad absoluta.

Ahondando un poco en este nuevo perfil que venimos exponiendo del Tribunal Ambiental, que parece de la mayor relevancia, encontramos nuevos escenarios distintos de la mera aceptación o rechazo de un avenimiento. Por ejemplo, piénsese en el caso de un acuerdo que es rechazado por alguno de los titulares de la acción de reparación que no concuerda con sus términos. No ha de olvidarse que la Ley N° 19.300 entrega la titularidad de dicha acción no sólo al Estado sino también a las Municipalidades y al directamente afectado y es fácil concebir que la acción sea ejercida por un particular y no por los otros entes públicos, los cuales igualmente pueden intervenir como terceros en el juicio. El directamente afectado en el marco de un proceso de acuerdo, sin dudas puede aceptar una propuesta que no resulte del todo satisfactoria al objetivo de indemnidad de la reparación, generándose una disputa entre los titulares de la acción, en la cual el Tribunal ostentará un rol determinante. Y más relevancia aún toma este rol del Tribunal en un caso como el descrito si se recuerda la restricción que plantea la Ley N° 19.300, en cuanto a que deducida la demanda por alguno

de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes[71], pues una vez afinado el proceso es imposible para los restantes titulares de la acción presentar una nueva demanda por los mismos hechos.

ii. Una segunda cuestión en la cual resulta interesante detenerse, es en el esquema diseñado por la Ley N° 20.600 para la operatividad de la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental.

Como es sabido, del hecho ilícito que configura un daño ambiental -del cual surge una obligación de hacer y que requiere en teoría de una reparación en especie- nace, adicionalmente, una acción para la indemnización de los perjuicios irrogados al directamente afectado. El camino ideado por el legislador para el ejercicio de esta última acción, que incluso detalla en términos procedimentales[72], es el de presentar en primer término una demanda en sede ambiental en la que se requiera la reparación de ese daño para, posteriormente, acudir ante los tribunales ordinarios y con el mérito de la sentencia declarativa del daño ambiental, los jueces comunes puedan pasar a determinar la procedencia y monto de la indemnización. En este nuevo juicio la sentencia ambiental produce cosa juzgada, de modo tal que ya no se discute en sede civil la existencia del daño, la responsabilidad, la imputabilidad, ni la causalidad, sino únicamente el monto y naturaleza de la indemnización que debe pagarse.

Surge aquí la duda respecto a si quien ha sufrido este tipo de perjuicios se encontraría habilitado igualmente para accionar de manera directa ante el Tribunal Civil. En principio esa opción parecería válida y no repugna que el afectado, invocando el estatuto de la responsabilidad extracontractual general y asilándose en las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, plantee en forma directa su acción ante el Juez ordinario en cuanto se configuraría igualmente un delito o cuasidelito civil al existir un hecho doloso o culposo que infiere daño, alternativa que sin lugar a dudas será objeto de debate. El interés que puede tener el particular de obrar en una forma como esta parece obvio, por cuanto el daño ambiental difiere del daño que él ha sufrido en forma directa y es perfectamente imaginable que desee evitar la carga de un juicio preliminar, máxime si no existe incentivo para que litigue por una reparación que no resulta en su directo provecho.

Como primer comentario, es del caso hacer notar que el diseño por el que finalmente optó la Ley N° 20.600 fue objeto de importantes reparos. Se denunció que el esquema de doble juicio atentaba contra principios básicos de la administración de justicia, como son el de oportunidad para satisfacer las pretensiones y el de economía procesal, generando mayores costos, por cuanto se establecen dos

71 Ley N° 19.300, artículo 54.
72 Ley N° 20.600, artículo 46.

procesos que comparten una misma base con identidad de partes, siendo según algunos preferible concentrar las decisiones sobre una misma materia en una misma sentencia[73].

Revisando la historia de la Ley, encontramos que en un principio se analizó la posibilidad de otorgar al tribunal ambiental facultades para conocer de ambas acciones, privilegiando el principio de concentración, pero que en una decisión de carácter político se determinó finalmente que la acción indemnizatoria era una figura ajena a la responsabilidad por el daño ambiental, prefiriéndose la creación de un tribunal exclusivamente "verde", sin vinculación con temas económicos como resulta ser una indemnización[74]. Esta situación, por demás, sería en cierto modo homologable a la que se produce cuando se demanda civilmente haciendo reserva de la discusión sobre la naturaleza y monto de los perjuicios para un juicio diverso o para la etapa de ejecución del fallo, o bien cuando se acciona en sede civil con el mérito de una sentencia penal.

Sin perjuicio de las razones políticas que hubieran llevado a la definición de este sistema y de las críticas que se puedan efectuar al mismo, lo cierto es que un análisis jurídico del asunto lleva a la conclusión de que el esquema de doble juicio creado por la Ley es el único camino posible para quien pretenda la indemnización de los perjuicios sufridos por la producción de un daño ambiental, siendo inviable el intento de accionar sólo ante el Tribunal Ordinario de manera directa.

Por una parte, existen antecedentes en la historia de la Ley de que, pese a las aprehensiones antes expuestas, fue ese esquema el finalmente seleccionado. Adicionalmente, encontramos un argumento lógico que se puede resumir del siguiente modo: si el resarcimiento de perjuicios presupone la existencia de un daño ambiental, solamente frente a una declaración judicial de dicho daño podría declararse la obligación de indemnizarlo y, sobre esto último, no cabe duda alguna en cuanto a que los Tribunales Ambientales son los únicos órganos jurisdiccionales con competencia para efectuar ese pronunciamiento. Por último, existe un razonamiento sistemático que confirma esta interpretación, cual es que La Ley N° 19.300 establece el principio de la responsabilidad por el daño ambiental, previendo reglas que constituyen en su conjunto un régimen especial o descodificado de responsabilidad civil, que se suple por él en sus lagunas[75]. El origen de la responsabilidad está en una especie de daño ignorado hasta la vigencia de esa ley, daño distinto del clásico daño civil y que puede denominarse como "daño ambiental" y la regulación contenida

73 Sergio Montenegro Arriagada, en exposiciones ante la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

74 Juan Domingo Acosta, en exposiciones ante la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

75 Vidal Olivares, Álvaro. Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX, p.121

en esa ley y la que se encuentra contenida en un cuerpo normativo intrínsecamente ligado a ella, como es la Ley N° 20.600, constituyen el derecho común en materia de responsabilidad ambiental, régimen especial y preferente al derecho común contenido en el Código Civil[76].

iii. Una última cuestión que podría dar lugar a importantes cambios en la realidad judicial en materia ambiental, está dada por la posibilidad que tienen los tribunales ambientales de decretar Medidas Cautelares.

Esta clase de medidas ha sido reconocida desde antaño en nuestro ordenamiento, tanto procesal civil como de procedimiento y proceso penal, y ante tribunales ordinarios son comunes las peticiones y concesiones de medidas precautorias. Ahora bien, la frecuencia con que ellas se conceden, así como la mayor o menor amplitud e intensidad con que se otorgan, parecen ser resorte directo de la audacia de las propias magistraturas.

La Ley N° 20.600 a nuestro entender da un paso adelante en esta materia y entrega un mayor espacio a la nueva judicatura y prescribe[77] que, con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, decretar medidas cautelares, conservativas o innovativas[78], necesarias para impedir los efectos negativos de los hechos sometidos a su conocimiento, bajo condición de que se le acompañe presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados.

Como puede apreciarse, existe una decisión legislativa en cuanto a entregar abiertamente a los tribunales ambientales la posibilidad de decretar medidas en forma amplia y no se los limita por la vía de un catálogo ni se los restringe a disponer únicamente medidas conservativas, similares a una prohibición de celebrar actos y contratos, o a una orden de no innovar -como la que podría dictar una Corte en el contexto de una acción de protección-. Por el contrario, se amplía la facultad de estos Tribunales para dictar medidas innovativas, incluso de oficio,

76 El mismo trabajo del profesor Vidal, cita lo resuelto por la Corte Suprema, en sentencia de 30 de agosto de 2006, que declaró que "La Ley N° 19.300 es inaplicable sólo en los casos en que exista una Ley especial que incluya reglas sobre responsabilidad por daño ambiental. Pues bien, la Ley N° 17.288 contiene normas sobre dicho aspecto pero únicamente referidas a sanciones penales o administrativas, estableciendo en el artículo 38 que ello es sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afecte a los infractores. Entonces, para hacer efectiva la responsabilidad civil de estos últimos, necesariamente debe aplicarse la Ley N° 19.300, y en lo no previsto por ella, las normas del Código Civil".

77 Ley N° 20.600, artículo 24

78 Las medidas conservativas tienen por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente e innovativas aquellas que, con el mismo objeto y ante la inminencia de un perjuicio irreparable buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida.

pudiendo entonces ordenarse la ejecución de algún acto jurídico o inclusive de alguna actividad material tendiente a proteger el medio ambiente, deteniendo, enmendando y hasta reparando un acto que actualmente provoque un perjuicio a ese bien tutelado.

Observando este particular nos encontramos con que, lamentablemente, todavía no se presenta una utilización activa de este recurso en los tribunales ambientales y esa baja verificación de cautelas parece ser síntoma de una preferencia todavía por buscar amparo urgente de parte de parte de las cortes, en sede de protección.

El escenario recién descrito resulta desalentador y sorprende, pues si se considera que existe ahora disponible una judicatura especializada, con vastos conocimientos técnicos de las materias y, sobre todo, plenamente consciente de los gravísimos efectos que puede tener la dilación en la administración de justicia, dicho tribunal, por su propia vocación, sin dudas resulta más dado a decretar una medida cautelar, sobre todo si ella se le solicita con respaldos técnicos que la justifiquen. Sería entonces muy positivo a este respecto que tuviera lugar un mayor ejercicio de este recurso por parte de los tribunales y sobre todo, de parte de los litigantes, que proporcionen antecedentes suficientes para se puedan decretar tales cautelas sin vacilaciones y se produzcan así, consecuentemente, todos los efectos positivos de este instrumento.

5. Conclusiones

La creación e instalación de los tribunales ambientales ha constituido, sin lugar a dudas, un gran aporte a nuestro medio jurídico y a la protección del medio ambiente. Sin perjuicio de las críticas que puedan hacerse a esto nuevos órganos jurisdiccionales, que se dirigen más bien al diseño de la institución que al funcionamiento que ellos mismos han mostrado, lo cierto es que su consagración constituye un esfuerzo país importante y un aporte contundente a la institucionalidad ambiental.

Como hemos repasado, los tribunales ambientales han dado muestra de ejercer su labor con un alto estándar de calidad, con sentencias fundadas y que exigen también a las partes e instituciones ambientales fundamentos sólidos en sus actos administrativos, que en sus pronunciamientos invocan diversas fuentes jurídicas y, muy importante también, han administrado justicia con absoluta independencia. Han intentado además y en la medida de sus posibilidades, actuar en armonía y coordinación con la estructura ordinaria del poder judicial y, asimismo, desplegar en propiedad sus competencias de control respecto de la institucionalidad ambiental ya existente, fundamentalmente en lo que toca a la SMA.

Finalmente, para las estaciones venideras de estos Tribunales, sería ideal en primer término que ellos adopten una actitud mucho más activa en cuanto a ejercitar los mecanismos cautelares que el ordenamiento les otorga, brindando una respuesta incluso más ágil y de mejor calidad que la que podría encontrarse en una acción de protección y las órdenes de no innovar que estas últimas permiten, detonando de paso el consecuente retiro de las cuestiones ambientales de la sede constitucional, decantando ellas en su plaza natural, puesto que el principal impulso para haber accionado en esa sede de protección –que era la celeridad procesal- ya estaría eliminado.

Del mismo modo, siendo un Tribunal especializado, este y otro tipo de decisiones debieran seguir encontrar fundamento no sólo en la normativa nacional, sino además también en diversas fuentes de derecho medioambiental, tales como tratados internacionales, los principios generales del derecho ambiental e inclusive la propia doctrina, permitiendo que se configure una rica jurisprudencia en torno las más diversas materias, cuestión sobre la que hasta ahora existen ciertas luces pero aún no se posiciona en un nivel de consolidación. A este efecto, debe celebrarse que se registren ya algunos fallos que han invocado doctrina internacional, también legislación internacional[79] e incluso el propio Tribunal ha tomado posición respecto a disputas doctrinarias, como por ejemplo, la del alcance y aplicación directa de principios como el precautorio y el preventivo[80].

Precisamente la creación de más y mejor jurisprudencia parece ser uno de los mayores aportes que al poco andar de estos nuevos Tribunales debiésemos esperar, pues hasta ahora nuestro medio jurídico careció de un estudio profundo del tópico por parte de los Tribunales Ordinarios[81] y la contribución con sus fallos de los Tribunales Ambientales, especializados en la temática, podría resultar fundamental para la disciplina del derecho medioambiental.

---

79 La Sentencia dictada en causa Rol D 6-2013, Estado de Chile con Sociedad de Servicios Generales Larenas Ltda., por ejemplo, invoca en sus fundamentos junto a la doctrina nacional, doctrina costarricense y normas foráneas como la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo.

80 Sobre este último particular, por ejemplo, el Segundo Tribunal Ambiental ha explicado que “si bien la noción de riesgo es efectivamente la que inspira a ambos principios, en el caso del preventivo nos enfrentamos ante riesgos ciertos y previstos, mientras que en el caso del principio precautorio, los riesgos son más bien inciertos e imprevistos” y ha afirmado que “el principio preventivo está positivamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y el SEIA es su expresión jurídica y material... en cambio, el principio precautorio no se encuentra recogido explícitamente... el Principio 15 de la declaración de Río de 1992, que lo contiene, es una norma no vinculante que no puede aplicarse, sin más, en forma directa” .

81 Urrutia Silva, Osvaldo. Jurisprudencia Nacional, Nuevos Tribunales Ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL, p.475.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bermúdez Soto, Jorge. "Fundamentos de derecho ambiental". Ediciones Universidad Católica de Valparaíso.

Bermúdez Soto, Jorge. "El Acceso a la Información pública y la Justicia Ambiental". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIV.

Boettiger Philipps, Camila. "Nueva Institucionalidad Ambiental". Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 22.

Boettiger Philipps, Camila. "La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria". Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 29.

Cordero Vega, Luis. Exposiciones en "Primer Seminario sobre reforma a la institucionalidad ambiental, perspectivas desde el sector público", de fecha 26 de agosto de 2008 en el pp. 83.

Corte Suprema, Oficio N° 133, de fecha 10 de septiembre de 2010, que informa el proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales.

Corte Suprema, Oficio N° 115, de fecha 10 de diciembre de 2014 por el cual el Pleno del Tribunal informa a la Cámara de Diputados proyecto de Ley Boletín 9683-2012 que modifica la Ley N°19.300.

Cuenta pública del Presidente de la Corte Suprema en la Inauguración del año judicial 2011. Disponible en <www.pjud.cl>

Cuentas Públicas correspondientes a los años 2013 y 2014 entregadas por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Disponible en <www.tribunalambiental.cl>

Cuenta Pública correspondiente al año 2014 entregada por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. Disponible en <www.tercertribunalambiental.cl>

Historia de la ley N° 20.600. Disponible en <www.bcn.cl>

Matus Acuña, Jean Pierre et al. "Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional". *Ius et Praxis*, Talca, Vol. 9, N° 2, 2003.

Mensaje de la Presidencia de la República con el que se presenta al Congreso Nacional el Proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental.

Mensaje de la Presidencia de la República con que se presenta al Congreso Nacional el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente.

Montenegro Arriagada, Sergio. Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en el caso "Pascua Lama". Revista de Derecho Público, Vol. 80, 1er Semestre 2014, pp. 173.

Pinilla, Francisco. "Recurso de protección ambiental y su buena salud frente a la competencia del Tribunal Ambiental". Diario Constitucional.cl de 30 de octubre de 2013.

Protocolo de Acuerdo suscrito con fecha 26 de octubre de 2009 por Senadores representativos de diversos sectores políticos y por los Ministros de Hacienda y Medio Ambiente, por parte del Ejecutivo.

Polanco Lazo, Rodrigo. "*Amicus Curiae*, El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones", en Revista del Abogado N° 35, noviembre de 2005.

Ramírez Torrado, María Lourdes. "Consideraciones al requisito de identidad subjetiva del principio non bis in idem en el ámbito del derecho administrativo sancionador español". Revista de Derecho, Vol. XXII, n° 1, julio 2009.

Román Cordero, Cristian. "El castigo en el derecho administrativo". Derecho y Humanidades, N° 16, vol.1.

Ruiz Fabres, Alejandro. "El escenario que espera a los Tribunales Ambientales". Revista del Abogado - Publicación del Colegio de Abogados de Chile, N° 56 año 2012.

Urrutia Silva, Osvaldo. Jurisprudencia Nacional, Nuevos Tribunales Ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL.

Vergara Blanco, Alejandro. "Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador". Revista de derecho Universidad Católica del Norte, N° 2 año 2004.

Vidal Olivares, Álvaro. "Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley N° 19.300". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXIX.

LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS TRIBUNALES AMBIENTALES: "EN UNA RELACIÓN COMPLICADA"

Patricio Moreno Tapia[1]

1. Introducción

Existía consenso en la comunidad jurídica nacional, que la principal falencia de la antigua institucionalidad ambiental, estaba radicada en las materias de *fiscalización* y *sanción*. Respecto de la fiscalización, la fórmula de inspección sectorial le quitaba fuerza a la labor, transformándola en anticuada, ineficiente y carente de una visión orgánica[2]. Por ejemplo, para el año 2005, sólo un 12,8% de los proyectos aprobados había sido fiscalizado y el acto de fiscalización propiamente tal, era llevado adelante por veintidós servicios públicos. Respecto de la sanción[3], esta se encontraba enfocada en el castigo más que en el hecho de incentivar el cumplimiento de la normativa ambiental.

Por ello, y en ese mismo orden de ideas, en el año 2005, la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)*, manifestó que *"una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento"*[4]. Pero junto con el diagnóstico, la *OCDE* fue más allá y le recomendó a Chile, fortalecer su capacidad de cumplimiento y fiscalización mediante reformas institucionales, estableciendo para tal efecto, un órgano de inspección ambiental. Fue esta recomendación, el punto de partida para la promulgación de las Leyes Nº 20.417 y Nº 20.600, cuerpos normativos que crearon, entre otros, a la *Superintendencia del Medio Ambiente* y a los *Tribunales Ambientales* respectivamente.

---

1 Abogado de la Universidad Diego Portales.

2 *"Tenemos trece procedimientos sancionatorios, lo que significa trece sectores con trece mecanismos de sanciones diferentes; tenemos sanciones en pesos, en UF, en UTM y en monedas de oro"*. Luis Cordero, "Primer Seminario sobre reforma a la Institucionalidad Ambiental. Perspectivas desde el sector público", Santiago, 2008, página 63.

3 La potestad sancionatoria *"es el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas"*. Jorge Bermúdez Soto, "Derecho Administrativo General", Santiago, 2011, página 273.

4 "Evaluaciones del desempeño Ambiental de Chile", Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2005, página 18.

En la actualidad, la Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales, son activos protagonistas en la nueva institucionalidad ambiental, de una relación complicada; toda vez que no existe acto administrativo dictado por la Superintendencia del Medio Ambiente, en el ejercicio de sus potestades de fiscalización y de sanción, que no se encuentre sujeto a un eventual control jurisdiccional por parte de los Tribunales Ambientales. Esta relación complicada, como veremos, se remonta a la génesis de ambos estamentos, se desarrolla en el día a día con motivo del ejercicio de sus facultades y ha alcanzado su punto más álgido a 5.000 metros de altura[5].

2. De la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente y de los Tribunales Ambientales: el inicio de la relación

El 5 de junio del año 2008, la por aquel entonces presidenta de Chile doña *Michelle Bachelet*, dio inicio a la tramitación legislativa de la Ley Nº 20.417, cuerpo normativo que creó finalmente el *Ministerio*, el *Servicio de Evaluación Ambiental* y la *Superintendencia del Medio Ambiente*; hizo referencia en dicha oportunidad a lo siguiente: *"como señalé en mi programa de Gobierno, era necesario iniciar una nueva etapa en nuestra política ambiental, de manera de modernizar el actual sistema y garantizar adecuadamente los derechos de todos los ciudadanos… Propusimos al país la necesidad de la creación de un Ministerio del Medio Ambiente y una Superintendencia de Fiscalización Ambiental"* [6]. El propósito por aquel entonces, era crear una autoridad administrativa que unificara los criterios, procedimientos e incentivara el cumplimiento de la normativa ambiental, dotándola para tal efecto de robustas facultades, toda vez que señalaba la presidenta, *"hoy el modelo chileno actúa en sentido inverso. En efecto, es un sistema que carece de la definición de adecuados programas de fiscalización, de metodologías públicamente conocidas, con énfasis en la sanción y en la fiscalización en terreno, sin modelos de integración, ni siquiera para los instrumentos de expresión multisectorial"*[7]. Pero, resulta necesario preguntarse: *¿Por qué es importante la fiscalización ambiental?* La respuesta a la pregunta, es que *"hay acuerdo en que el cumplimiento y la aplicación de la normativa ambiental, es importante por cuanto están en juego la calidad y protección del medio ambiente, la credibilidad de las regulaciones ambientales*

5 Pascua Lama, proyecto minero de oro y plata a rajo abierto, emplazado a más de 5.000 metros de altura en la frontera de Chile con Argentina. Es llevado adelante por la compañía canadiense *Barrick Gold*, quien intenta con una inversión estimada de 950 millones de dólares, producir anualmente y por 20 años, 5.000 toneladas de concentrado de cobre, 615.000 onzas de oro y 18 millones de onzas de plata.

6 Michelle Bachelet, "Mensaje de su Excelencia la Presidenta de la República con el que inicia el proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente", Santiago, 05 de junio de 2008, página 1.

7 Ibíd.

y la igualdad ante la ley, porque, por una parte, es necesaria la existencia de tratos justos e imparciales, y, por la otra, porque el incumplimiento es una especie de competencia desleal para el que acata las normas"[8], de ahí arranca la importancia de la fiscalización (en pos de conseguir el cumplimiento normativo) y su imperiosa necesidad de mejora.

Durante el transcurso de la discusión parlamentaria de la Ley Nº 20.417, comenzaron de inmediato a surgir voces que manifestaron sus dudas y cuestionamientos al hecho de que la Superintendencia del Medio Ambiente contara con vigorosas facultades de fiscalización y sanción, llegando incluso a ser catalogada por ello como *"ochentera"* [9] por parte de algunos sectores de la sociedad civil. Así por ejemplo, al interior del Congreso, el senador *Andrés Allamand* señaló: *"pienso que debemos establecer contrapesos a las atribuciones de la Superintendencia y atenuar el modelo de ser juez y parte en el proceso sancionatorio, limitar sus facultades de medidas provisionales, restablecer la certeza de los permisos ambientales y, en general, garantizar que exista realmente el debido proceso a la hora de tomar decisiones"* [10]. Por su parte, y en esa misma línea argumentativa, el senador *Hernán Larraín* manifestó en su momento: *"entiendo y valoro la función que se intenta crear a través de la Superintendencia del Medio Ambiente. Sin embargo, el modelo para estos organismos que hemos seguido en Chile encierra complejidades, porque combina atribuciones regulatorias, fiscalizadoras y sancionatorias; vale decir, opera sin un sistema efectivo de pesos y contrapesos… Sin embargo, el proyecto mantiene un modelo que para mi gusto es contradictorio y no va en la línea del avance experimentado por Chile en el ámbito del procedimiento penal o de los tribunales tributarios. Es cierto que desearíamos disponer de lo que constituye una vieja aspiración aún insatisfecha, proveniente de la Constitución de 1925: los tribunales contencioso-administrativos. Pero, dado que no existen, me parece más razonable empezar a pensar en tribunales especiales, adecuados a materias medioambientales"*[11]. Las intervenciones manifestadas por ambos senadores de la República, y especialmente aquellas ideas deslizadas en cuanto el actuar del órgano jurisdiccional como un contrapeso al peso del órgano administrativo,

8 Luis Cordero, "Fiscalización Ambiental", El Mercurio Legal, Santiago, 23 de octubre de 2012.

9 *"Gran parte de las superintendencias que existen en Chile, responden al modelo instaurado en los ochenta cuando se crearon las primeras: alto poder regulador, amplia discrecionalidad, importantes capacidades interventoras y concentración de la fiscalización y el poder sancionatorio en una sola mano (juez y parte). Este modelo requiere una revisión para instaurar un diseño institucional moderno, que permita que los mercados funcionen más allá de quién ocupe el cargo de superintendente. El objetivo debiera ser que estos órganos tengan capacidad de respuesta, pero, a la vez, pesos y contrapesos que generen limitaciones claras al poder de dicho funcionario".* Sebastián Soto Velasco, "Súper Ochenteras", Estrategia, Santiago, 14 de octubre de 2009.

10 Andrés Allamand, Historia de la Ley Nº 20.417, página 908.

11 Hernán Larraín, Historia de la Ley Nº 20.417, páginas 922 y 923.

constituyeron ser con el tiempo el primer momento de esta *"relación complicada"* que en la actualidad llevan adelante la Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales, cuestión esta última que finalmente se materializó en el artículo Noveno Transitorio de la Ley Nº 20.417, porque las normas que crearon a la Superintendencia del Medio Ambiente, entraron en vigencia el mismo día que comenzó a funcionar el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

Salvo ciertas excepciones[12], las ideas propuestas por los Senadores Allamand y Larraín, fueron bien recibidas y generaron consenso entre el Ejecutivo, el Congreso y la sociedad civil[13]. Tanto fue así, que algunos senadores de los partidos de la Concertación Democrática, de la Coalición por el cambio, Independientes y el Poder Ejecutivo, coincidieron en concurrir a la celebración de un *Protocolo de Acuerdo* de fecha 26 de octubre de 2009, documento en el cual se comprometieron a avanzar con rapidez en la tramitación en el Senado del proyecto de ley que creaba el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, a efectos de que dicho proceso finalizara su segundo trámite constitucional, a más tardar el 05 de noviembre de 2009. En cumplimiento de ese *Protocolo de Acuerdo*, los parlamentarios se comprometieron a garantizar el respaldo de sus bancadas para la aprobación parlamentaria de los proyectos, y el Ejecutivo por su parte, se comprometió, entre otras cosas, a presentar un proyecto de ley que garantizara la existencia de un Tribunal Ambiental, cuyo proyecto debía ingresar el 28 de octubre de ese año al Senado. La intención era que el órgano jurisdiccional, contara dentro de sus facultades, con las de controlar judicialmente las decisiones de la Superintendencia del Medio Ambiente, la de resolver las controversias contenciosas administrativas y la de conocer las demandas en materia de daño ambiental. Una vez que ingresara el proyecto de ley que creaba el Tribunal Ambiental en los términos acordados, los

12 *"Otro tema que ha generado aprensiones y dudas es la reciente propuesta de algunos señores Senadores en orden a crear tribunales ambientales. Claramente, una iniciativa como esa, dada la tardanza con que se abordan estas materias, vendría a entorpecer aún más y a prolongar en el tiempo la concreción de una institucionalidad absolutamente necesaria para el desarrollo del país. Otra vez podríamos vernos enfrentados a vivir una experiencia como la de la Ley del Bosque Nativo: debieron pasar muchos años –catorce específicamente- para que al menos saliese una parte de lo que con tanto ahínco muchos ambientalistas se ocuparon de impulsar, vanamente durante décadas*. Nelson Ávila, Historia de la Ley Nº 20.417, página 880.

"*En las condiciones en que el proyecto se propone, este no responde a los estándares mínimos para denominar tribunales a los órganos que se pretende crear. Se trata, en opinión del Tribunal, de órganos administrativos y no jurisdiccionales".* Corte Suprema de Chile, Oficio Nº 133, Santiago, 10 de septiembre de 2010.

13 *"Algunas Organizaciones No Gubernamentales (Fiscalía del Medio Ambiente y Fundación Chile Sustentable) que intervinieron en la discusión, aceptaron la idea de los Tribunales Ambientales, basándose en argumentos distintos a los de la industria: entre ellos, tutela judicial efectiva y mayor acceso a la justicia ambiental; conveniencia de disponer de un tribunal especializado y, por ende, sensibilizado con el carácter propio y particular de la regulación medioambiental".* Marie Claude Plumer Bodin, "Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental", Anuario de Derecho Público UDP, Santiago, 2013, página 299.

Senadores que suscribieron el Protocolo de Acuerdo, se comprometieron a dar su voto favorable a la iniciativa, confiriendo la mayor agilidad posible a la tramitación del proyecto de ley, de manera de obtener su aprobación definitiva antes del 10 de marzo del año 2010.

Así las cosas, en materia de Superintendencia del Medio Ambiente, se creó un órgano autónomo, servicio público funcionalmente descentralizado, dotado con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente, "*con competencias en fiscalización y sanción sobre los instrumentos de carácter ambiental y no sobre componentes ambientales; una Superintendencia con competencias fiscalizadoras preventivas y correctoras, bajo un complejo modelo de gestión (los programas y subprogramas de fiscalización); una entidad no necesariamente "persecutora" sino más bien que incentiva el cumplimiento con potentes instrumentos (programas de cumplimiento); una institución con altos estándares de transparencia en su información; y fuertemente controlada, tanto ex ante como ex post por los Tribunales Ambientales"*[14].

Finalmente, en materia de Tribunal Ambiental, el 28 de diciembre de 2012, se instaló en Chile el Segundo Tribunal Ambiental[15] con asiento en la comuna de Santiago. Con la creación de los Tribunales Ambientales, se cerró en Chile un largo proceso de modernización de la institucionalidad ambiental, dando lugar a continuación, a un nuevo proceso de implementación de la misma, ya que *"se inicia una jurisdicción ambiental especializada que concentra todas las reclamaciones vinculadas a los instrumentos de carácter ambiental regulados en la Ley 19.300, incluidas aquellas que se pronuncian sobre el procedimiento de invalidación y la acción por daño al medio ambiente… Si bien dichas competencias se refieren a todos los actos de la institucionalidad ambiental, resulta de especial interés el control judicial que existe sobre determinadas competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente"*[16], es por este motivo que la relación entre ambas instituciones tiene el carácter de "complejo".

14 Marie Claude Plumer Bodin, op. cit. páginas 310 y 311.

15 *"No solamente debemos velar por la normativa local, sino que también aplicar la normativa medioambiental internacional. Hoy, el derecho no es sólo local, ni tiene una visión dualista, sino que existe una mirada más global. El convenio 169 de la OIT y los acuerdos internacionales en materia ambiental, tienen que ser considerados…Somos pioneros, y tenemos la responsabilidad de armar un órgano institucional. No sólo recursos, sino en términos jurisdiccionales, es decir, una doctrina jurisprudencial. Ahí hay una expectativa de lo que tenemos que hacer. Eso sí, hay que tener claro que no venimos a hacer política pública, sino que a controlar que éstas se apliquen de manera correcta…La judicialización es la expresión del avance del estado de derecho. Son manifestaciones de que llegamos a un estado democrático avanzado".* José Ignacio Vásquez. "Tribunales Ambientales: Ministros se definen ante judicialización ¿verdes o pro inversión? Y críticas de la Suprema", La Segunda, Santiago, 21 de diciembre de 2012.

16 Marie Claude Plumer Bodin, op. cit. página 297.

3. La Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales: "en una relación complicada"

El control judicial en materias de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad que realizan por ley los Tribunales Ambientales, sobre algunas de las competencias que ejerce la Superintendencia del Medio Ambiente, es el principal motivo y razón de esta "*relación complicada"*[17]. Como señalaron algunos parlamentarios, la principal crítica deslizada a un órgano que fiscaliza y sanciona, es que el mismo ente puede llegar a comportarse como juez y parte (no obstante que por su naturaleza, las funciones de juzgar y administrar, son dos funciones constitucionalmente diversas). Por tal motivo, de ahí surge la necesidad de un tribunal, toda vez que "*los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable"*[18]. Otros, en cambio, estiman que si bien las potestades de fiscalización y sanción imponen actos de gravamen a los particulares (ya que limitan sus situaciones activas en tanto las conductas de estos infringen el sistema legal), lo cierto es que por ese mismo motivo, el ordenamiento jurídico le impone a esa fórmula de poder público, la obligación de dar fiel cumplimiento a determinados estándares argumentativos para llevarlas a cabo, separando además en el proceso sancionador, las materias de fiscalización (Fiscal instructor) y de sanción[19] (Superintendente), como bien queda de manifiesto en el artículo 7º inciso 2° de la Ley Nº 20.417, precepto el cual establece que *"Las funciones de fiscalización e*

17 "*Durante las últimas semanas y a consecuencia de la sentencia del caso Castilla, más allá de las opiniones concretas y las reacciones iniciales que pueda existir sobre su contenido, se ha abierto un viejo debate del Derecho Público que se encuentra en los orígenes del Estado Constitucional, y que tiene que ver con los alcances del control judicial frente a decisiones de organismos administrativos. Como muchos saben, este tema ha significado discusiones desde la existencia misma del modelo de organización judicial para conocer de estos asuntos, así como el estándar de revisión judicial. La experiencia indica que este debate esta presente en la mayoría de los sistemas legales del mundo".* Luis Cordero, "Sobre la lógica del control judicial de la Administración", El Mercurio Legal, Santiago, 01 de octubre de 2012.

18 Michelle Bachelet, "Mensaje de su Excelencia la Presidenta de la República con el que inicia el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental", Santiago, 28 de octubre de 2009, página 6.

19 *"El Ejecutivo busca avanzar en la discusión y en las indicaciones; diferenciar las competencias en los roles de fiscalización, de instrucción del procedimiento y de aplicación de sanciones, de manera de no involucrar al superintendente sino en la parte final de la sanción; contar con un organismo de instrucción del procedimiento igual al que existe en buena parte de los procedimientos administrativos; y separar la fiscalización de los responsables del procedimiento sancionatorio. Lo que se quiere es evitar tanto concentrar, como contaminar, el procedimiento".* Luis Cordero, "Primer Seminario sobre reforma a la institucionalidad ambiental. Perspectivas desde el sector público", Santiago, 2008, página 84.

instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes".

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile, ha venido dando legitimidad al hecho de que la autoridad administrativa sea la que aplique la sanción establecida por ley, tras llevar adelante un proceso administrativo sancionador regulado; lo anterior, siempre y cuando el particular haya tenido un espacio efectivo para ejercer su derecho a defensa en el contexto de un debido proceso y la sanción administrativa represente un interés público prevalente. No obstante lo anterior, ha sido el mismo Tribunal Constitucional el que ha sostenido *"que si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de la multa, con lo que se pronuncia sobre la facultad fiscalizadora y sancionatoria, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable por el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada, o si habiendo sido reclamada esta ha sido fallada en sede jurisdiccional independiente"*[20]. El razonamiento previamente expuesto, pareciera ser un espaldarazo para aquellos que defienden la necesidad de un órgano judicial (que haga las veces de contrapeso oficial del órgano administrativo que fiscaliza y sanciona), opción por la que finalmente se inclinó el legislador nacional.

En síntesis, la creación de tribunales especializados, no es más que la natural respuesta de los sistemas jurídicos actuales, frente a la especialización de las materias sometidas a su conocimiento, evitando así que cuestiones técnicas no sean conocidas por éstos, de ahí por ejemplo, la innovación en cuanto a integración mixta[21] de los Tribunales Ambientales. No obstante, la propia jurisprudencia de la *Corte Suprema*, tribunal que ha comenzado a defender este modelo de jurisdicción administrativa especializada[22], no deja de llamar la atención que el máximo tribunal sea el mismo que luego y con motivo del régimen de recursos procesales establecidos en la propia Ley Nº 20.600 (recurso de casación en el fondo y en la forma)[23], sea

20 Michelle Bachelet, "Mensaje de su Excelencia la Presidenta de la República con el que inicia el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental", Santiago, 28 de octubre de 2009, página 10.

21 Artículo 2º de la Ley Nº 20.600.- *Integración y nombramiento.* Cada Tribunal Ambiental estará integrado por tres ministros. Dos de ellos deberán tener título de abogado, haber ejercido la profesión a lo menos diez años y haberse destacado en la actividad profesional o académica especializada en materias de Derecho Administrativo o Ambiental. El tercero será un licenciado en *Ciencias* con especialización en materias medioambientales y con, a lo menos, diez años de ejercicio profesional.

22 "*No puede perderse de vista que a contar de la dictación de la ley Nº 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias ambientales que se encuentren sometidas a su competencia".* Corte Suprema de Chile, Rol Nº 16.817-2013, de fecha 22 de mayo de 2014.

23 Artículo 26º inciso 3° y siguientes de la Ley Nº 20.600.- En contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los

el llamado a conocer y pronunciarse sobre las materias recurridas, complejizando aún más la intervención de este tercero, la ya compleja relación existente y que llevan adelante la Superintendencia del Medio Ambiente y el Tribunal Ambiental; cuestión esta última sobre la que volveremos luego a propósito del caso Pascua Lama.

3.1. El Tribunal Ambiental como órgano garante de la legalidad de los actos emanados de la Superintendencia del Medio Ambiente: ¿Qué tipo de control?

Cuestión fundamental en este punto, es el de poder analizar el tipo de control que hace el órgano jurisdiccional respecto del órgano administrativo, tema no pacífico en la ciencia jurídica[24]. Para algunos, corresponde a los tribunales *solo* un control de legalidad del acto administrativo, pudiendo el juez analizar exclusivamente la decisión técnica para confirmar que ella se haya enmarcado dentro del ámbito de discrecionalidad dado por la ley al órgano administrativo, no pudiendo el tribunal controlar el mérito o el acierto de la decisión, ya que si el juez deja sin efecto o modifica una decisión discrecional válida, estaría sobrepasando su marco de competencia, y de esa forma, se terminaría trasladando la discrecionalidad técnica, desde la autoridad administrativa a la autoridad judicial[25], teniendo en cuenta que la

Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7) y 8) del artículo 17, procederá sólo el *recurso de casación en el fondo*, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el *recurso de casación en la forma*, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

El *recurso de casación* deberá interponerse ante el Tribunal Ambiental que dictó la resolución recurrida para ante la *Corte Suprema* y tendrá preferencia para su vista y fallo. Para tales efectos, los plazos y procedimientos para el conocimiento del *recurso de casación* se ajustarán a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

24 *"Esa discusión más bien de derecho sustancial, se da por dos posturas contrapuestas, una de las cuales está por la posibilidad de una revisión amplia de las decisiones administrativas, o por el derecho administrativo de la luz roja, y otra que se inclina porque las decisiones de la administración si bien pueden ser revisadas por los tribunales ordinarios, esto solo puede ser en algunos aspectos procesales y de control de legalidad estricta, pero jamás de sustitución de la decisión del órgano; son quienes creen en el derecho administrativo de la luz verde".* Ezio Costa Cordella, "Los Tribunales Administrativos especiales en Chile", Revista de Derecho Vol. XXVII Nº 1, Santiago, 2014, página 157.

25 Para sostener su postura, ellos utilizan la misma redacción del artículo 30º de la Ley Nº 20.600 el cual dispone: Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el

primera de ellas, posee la obligación y limitante de satisfacer múltiples necesidades sociales y colectivas en tiempos acotados. En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Chile, con fecha 21 de septiembre de 1998, en el caso Rol Nº 2.684-98, señaló que *"no forma parte de su estudio, el pronunciamiento sobre las bondades técnicas que presenta un proyecto, que ha sido sometido a la autoridad competente, ni le corresponde referirse a las conclusiones a que hayan arribado los órganos idóneos o expertos sobre la materia en que incide el proyecto, una vez concluidas o agotadas todas las instancias que han sido establecidas por la normativa que regula su quehacer".* Por su parte, hay otros que postulan que el órgano judicial está capacitado para llevar adelante un *control pleno*, toda vez que *"no cabe ninguna duda, que los jueces disponen de controles plenos de revisión de la legalidad de la intervención de los organismos administrativos, considerando incluso el escrutinio de los hechos sobre los cuales se basan esas decisiones, sencillamente porque esos hechos habitualmente condicionan el ejercicio legal de las potestades. Como tampoco cabe ninguna duda que ese control amplio se extiende a evitar medidas arbitrarias, en tanto no justificadas legítimamente especialmente en el caso de las potestades discrecionales… En el sistema constitucional, los jueces también son expertos especialmente en la manera de entender las reglas de procedimientos legales, derechos individuales e interpretar las reglas de la Constitución. En otros términos, mientras los organismos administrativos pueden ser expertos en la técnica y en la decisión de política pública concreta, los jueces son los expertos en la aplicación del Derecho"*[26]. O en otras palabras, *"siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite"*[27-28].

acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada. En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

26 Luis Cordero. "Sobre la lógica del control judicial de la Administración", Mercurio Legal, Santiago, 01 de octubre de 2012.

27 Tomás Fernández y Eduardo García de Enterría. "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Civitas Ediciones, Buenos Aires, 2006 página 467.

28 Lo anteriormente expuesto, hace referencia también al *principio de deferencia administrativa y/o deferencia técnica con los órganos de la administración por parte de los tribunales con competencia en la materia*. El principio de deferencia administrativa y/o deferencia técnica, alude al hecho de presumir la rectitud de una decisión técnico-administrativa, en razón de la mayor experticia en el área regulatoria con la que cuenta el órgano que forma parte de la Administración. El debate acá, se centra en el hecho de si con motivo del control judicial y a raíz de las facultades de este, pueden o no los jueces, sustituir una decisión adoptada por un organismo de la Administración, dentro del ámbito de sus facultades, a pretexto de mantener incólume la ley. El principio de la deferencia, en ningún caso implica la inmunidad del control judicial del acto administrativo. No pueden, los órganos de la Administración, en nombre de la experticia técnica, escapar a los controles judiciales. Pero tampoco pueden los tribunales sabotear la competencia y las facultades conferidas por el Congreso Nacional en una ley al organismo técnico, y sustituir esa decisión pura

3.2. El día a día de la Superintendencia del Medio Ambiente y el Tribunal Ambiental

En la práctica, en el día a día, esta *"relación complicada"* que llevan adelante la Superintendencia del Medio Ambiente y el Tribunal Ambiental, se materializa con motivo de las facultades de este último. Al efecto, el artículo 17º Nº 3) y 4) de la Ley Nº 20.600[29], establece que el órgano jurisdiccional es competente para conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia, autorizar ciertas medidas provisionales, suspensiones y la de visar sanciones elevadas en consulta. Respecto al procedimiento de reclamación, es posible señalar que su regulación es concentrada y ajustada a las reglas generales de conocimiento y fallo del recurso de apelación regulado en el Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, el artículo 27 de la Ley Nº 20.600, señala que hay un control de admisibilidad semiformal expresado en una revisión de aspectos meramente formales con la exigencia de que la reclamación se halle debidamente fundada y se precisen las peticiones concretas. Declarado admisible la reclamación, el Tribunal Ambiental debe requerir informe al órgano público que dictó el acto impugnado. La intención, es que las pruebas se brinden en el procedimiento administrativo respectivo, evitando así la apertura de un término probatorio en esta instancia. Luego de la vista de la causa, el Tribunal Ambiental dispone de un plazo de 30 días para dictar la sentencia, período durante el cual puede dictar de oficio, medidas para mejor resolver. Ahora bien, respecto al procedimiento de solicitud de autorización para medidas provisionales y la consulta, es posible manifestar que no hay un procedimiento determinado en la Ley Nº 20.600, que regule los requisitos procesales que se deben satisfacer en esos casos. *"En ese contexto, con fecha 08 de marzo de 2013, en la sesión ordinaria Nº 22, el Tribunal Ambiental reguló el funcionamiento del 2º Tribunal Ambiental, que precisa, entre otras materias, los requisitos formales que deberá cumplir la Superintendencia del Medio Ambiente para ejercer las atribuciones contenidas en las letras c), d) y e) del artículo 48, y letras g) y h) del artículo 3, ambos de la Ley Nº 20.417"*[30]. Además de lo anterior, figura el reclamo de ilegalidad regulado en el artículo 56 de la Ley Nº 20.417, disposición la cual señala que los afectados que estiman que las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente no se ajusten a la ley, reglamentos o demás disposiciones que les corresponda aplicar, van a poder reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles (contados desde la notificación) ante el Tribunal Ambiental; siendo legitimadas para interponer dicha acción, todas las personas naturales o jurídicas, directamente afectadas por la resolución del órgano administrativo, y que tengan como fundamento de su acción, el que la resolución impugnada no se ajuste a la Ley Nº 20.417, reglamentos o demás disposiciones que les corresponda aplicar.

y simplemente, porque en la mayoría de los casos está en juego una cuestión de política pública. Decidida la nulidad del acto, tras el esfuerzo judicial por velar que las decisiones de los órganos de la Administración se mantengan dentro del límite de lo razonable, se debe retrotraer el proceso hasta la nueva dictación del mismo por parte del organismo administrativo-técnico competente y facultado legalmente para ello. Fueron estas materias, las que se le cuestionaron fuertemente al Segundo Tribunal Ambiental, con motivo de la dictación de su sentencia de fecha 03 de marzo de 2014 causa Rol Nº 6-2013 para el caso Pascua Lama, y que sirvió de fundamento para que el titular del proyecto haya recurrido de casación. El caso Pascua Lama, es objeto de análisis en las páginas siguientes, pero considero necesario graficar lo anteriormente expuesto, citando para tal efecto el *Considerando Nonagésimo Sexto* de dicha sentencia: *"Que, por otra parte, la información sobre caudales contenidas en documentos internos de la Compañía, conocidos como Flash Reports (fs. 1209 y ss., solicitados por este Tribunal como medida para mejor resolver) dan cuenta de caudales bastantes mayores a los informados oficialmente por el titular, en al menos dos oportunidades, antecedentes que deberán ser debidamente considerados y ponderados por la SMA al momento de dictar la nueva resolución sancionatoria que remplace la impugnada"*.

29 Artículo 17 de la Ley Nº 20.600. Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para: 3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción. 4) Autorizar las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3º de esa ley, y las resoluciones de la Superintendencia que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38 de la misma ley, elevadas en consulta. Será competente para autorizar estas medidas el Tribunal Ambiental del lugar en que las mismas vayan a ser ejecutadas.

3.3. La Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales en su punto más álgido: el caso Pascua Lama

Sucede que el 22 de enero del año 2013, se inició un proceso administrativo sancionador como consecuencia de una autodenuncia presentada por el representante de la *Compañía Minera Nevada SpA*, acto en el cual el titular del proyecto, reconoció la infracción de la Resolución Exenta Nº 24 de fecha 15 de febrero del año 2006 (resolución que calificó favorablemente la *"Modificación proyecto Pascua Lama")* por dos incidentes acaecidos en el sistema de manejo de aguas, tras unos eventos climáticos de fecha 22 de diciembre de 2012 y 10 de enero de 2013 respectivamente. La Superintendencia del Medio Ambiente, en la Resolución Nº 105 de fecha 31 de enero de 2013, declaró *"no ha lugar"* a la autodenuncia, por carecer ésta de información precisa, verídica y comprobable de los hechos que constituían la infracción. Así las cosas, el 31 de enero de 2013, el Superintendente dictó la Resolución Exenta Nº 107, ordenando la adopción de diversas medidas provisionales de corrección, seguridad y control con objeto de impedir la continuidad del riesgo o daño señalado en la autodenuncia, y junto con ello, la realización de programas de monitoreo y análisis específicos de conformidad con las letras a) y f) del artículo 48 de la Ley Nº 20.417.

El 27 de marzo de 2013, mediante el Oficio Ordinario Nº 58, la Superintendencia del Medio Ambiente *formuló cargos al titular del proyecto*, oportunidad en la cual consideró un total de 23 hechos, actos u omisiones, de los

30 Marie Claude Plumer Bodin, op. cit. página 305.

cuales 22 de ellos fueron aceptados por la *Compañía Minera Nevada SpA* en su escrito de contestación de fecha 29 de abril de 2013. El 24 de mayo de ese mismo año, el proceso administrativo sancionador culminó con la dictación de la Resolución Exenta Nº 477, acto en el que se impuso a la Compañía el pago de una multa total de 16.000 UTA, por haber incurrido ésta a juicio del Superintendente en cinco infracciones[31]. Con fecha 03 de marzo de 2014, el Segundo Tribunal Ambiental dictó la sentencia respecto de las 3 reclamaciones[32] en contra de la Resolución Exenta Nº 477 de la Superintendencia, estableciendo además medidas urgentes y transitorias, como fueron la paralización total de las actividades y la construcción de obras de captación, transporte y descarga al estanque.

Conforme a la entidad de los temas en discusión, Pascua Lama se ha transformado en uno de los casos más importantes de estudio, análisis y discusión en la doctrina nacional. Además de ello, ha representado un momento de fuerte tensión entre la Superintendencia del Medio Ambiente y el Tribunal Ambiental, donde este último incluso llegó a calificar el análisis realizado por parte del órgano administrativo como de *débil*[33]. A propósito de la complejidad de los temas y la relación llevada adelante por ambos órganos, es que resulta interesante hacer un breve resumen de lo que postulaba en este caso cada interviniente, respecto a las temáticas referidas a la *Legitimación Activa* y al *Concurso Infraccional*.

Respecto de las materias relacionadas a la *Legitimación Activa*, la Superintendencia del Medio Ambiente, estimó en su oportunidad que los reclamantes carecían de legitimación activa, al no encontrarse directamente afectados por la resolución impugnada. Lo anterior, a juicio del órgano administrativo, toda vez que ninguno de ellos había acreditado fehacientemente cómo les afectó directamente la Resolución Exenta Nº 477, ni como esta afectación

31 10.000 UTA por haber incumplido las normas, condiciones y medidas establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto (en donde se consideró sólo uno de los trece incumplimientos acreditados, señalándose que si bien los otros doce incumplimientos también constituían infracciones a ella, estos serían considerados como agravantes); 3.500 UTA por haber incumplido las obligaciones emanadas de las medidas provisionales decretadas por la Superintendencia del Medio Ambiente con fecha 31 de enero de 2013; 500 UTA por haber incumplido la forma y modo en que los titulares de las Resoluciones de Calificación Ambiental debían presentar los antecedentes solicitados; 1.000 UTA por haber infringido la disposición que obliga adjuntar la acreditación, certificación o autorización vigente y necesaria de los reportes que requieren de muestreos, análisis y/o medición; y finalmente, 1.000 UTA por haber incumplido el requerimiento de información solicitado en el numeral 9º del Acta de Inspección Ambiental de fecha 29 de enero de 2013.

32 Reclamaciones presentadas por un grupo de agricultores y regantes de la comuna de Alto del Carmen, las comunidades indígenas Diaguitas y la Sociedad Agrícola Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada.

33 Considerando Cuadragésimo Cuarto parte final, 2º Tribunal Ambiental, 03 de marzo de 2014, Rol R Nº 6-2013: "Lo anterior sólo confirma la debilidad del razonamiento utilizado por el Superintendente para justificar en la resolución impugnada esta peculiar manera de sancionar las infracciones a la RCA y a la Resolución Nº 107".

tendría como causa basal la citada resolución. El órgano fiscalizador, distinguió así entre legitimación activa para intervenir en un procedimiento administrativo sancionador y legitimación activa para reclamar de las resoluciones dictadas por dicho órgano, entendiendo que los requisitos exigidos para ser parte activa en un procedimiento de reclamación ante el Tribunal Ambiental, son más estrictos que aquellos requeridos para hacerse parte en el procedimiento administrativo sancionador ante la Superintendencia, ya que en el primer caso se requiere ser *"directamente afectado"* por la resolución, de manera tal que en su razonamiento, no necesariamente los legitimados del procedimiento administrativo sancionador, tendrían la misma calidad ante los Tribunales Ambientales. Por su parte, el Tribunal Ambiental, señaló en el *Considerando Decimotercero* de su resolución de fecha 03 de marzo causa Rol R Nº 6-2013: "*Que es del todo lógico afirmar que quien fue denunciante interesado – y a quien la propia SMA le reconoció su calidad de tal en el proceso administrativo sancionatorio- tenga derecho a reclamar de la resolución que no dio lugar a sus pretensiones. Por lo tanto, en este entendido, se debe concluir que la Resolución Exenta Nº 477 afecta a las sociedades denunciantes en forma directa, por cuanto han sido interesados en el procedimiento administrativo y han hecho valer determinadas pretensiones que no fueron acogidas en la resolución de término que adoptó la SMA. Una interpretación contraria nos llevaría a concluir que, en este caso, quien adquiere la calidad de interesado en el procedimiento administrativo sancionatorio y hace valer una pretensión relativa a la sanción que debe aplicar la administración, no podría reclamar ante este Tribunal a menos que probara fehacientemente su calidad de directamente afectado, mas allá de la afectación que implica el no haber obtenido la pretensión que hizo valer ante la autoridad administrativa. En opinión de este Tribunal, el solo hecho de no haber obtenido su pretensión en suficiente afectación para los efectos del artículo 56 de la LOCSMA y 18 Nº 3 de la ley Nº 20.600. Por otra parte, si no se reconoce a los interesados que hayan hecho valer sus pretensiones en un proceso sancionatorio el derecho a reclamar ante este tribunal, se estaría vulnerando el principio de acceso a la justicia en materia ambiental.* En este punto, el órgano jurisdiccional hizo una interpretación amplia de los principios *de acceso a la justicia ambiental* y *de no discriminación ambiental* (este último no se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, pero si se deriva del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación, los cuales se contienen efectivamente en la Constitución Política de la República de Chile), en plena concordancia con lo estipulado en la Declaración de Río del año 1992 en tal sentido.

Por su parte, respecto del *Concurso Infraccional*, los reclamantes señalaron que la Superintendencia del Medio Ambiente, consideró indebidamente como una sola infracción, una serie de hechos, actos u omisiones que a su juicio, constituirían incumplimientos independientes y separados. A consecuencia de ello, las infracciones que dieron cuenta de los demás incumplimientos

de la Resolución de Calificación Ambiental, fueron estimadas erradamente como circunstancias agravantes, solución la cual no se establece en las reglas contenidas para determinar las sanciones en la Ley Nº 20.417. Además de ello, los reclamantes agregaron que la resolución de la Superintendencia al reconocer la existencia de un concurso infraccional, no especificó si se trataba de un concurso *real* o *ideal*, y que en consecuencia, la agrupación de infracciones por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, influyó en la determinación del monto de la multa, toda vez que de haberse considerado aisladamente cada infracción, el valor total a pagar debió haber superado con creces del monto fijado por el órgano jurisdiccional. Desde otro punto de vista, la Superintendencia del Medio Ambiente, sostuvo que al agrupar los incumplimientos de la Resolución de Calificación Ambiental y de la Resolución Exenta Nº 107 bajo el nombre de *"concurso infraccional"*, estaba dando cuenta de la existencia de un concurso de *"hechos infraccionales"*, es decir, de distintos hechos que constituyen una misma infracción y no un concurso de "infracciones distintas", ya que el modelo sancionatorio ambiental, está desarrollado sobre la base de una tipificación de ilícitos por instrumentos de gestión ambiental, entonces, basta un solo hecho, acto u omisión constitutivo de infracción, para incurrir en responsabilidad administrativa. En ese mismo sentido, agregó que de los antecedentes del expediente, fue posible establecer que el infractor incumplió un total de cinco instrumentos sobre los que la Superintendencia del Medio Ambiente tiene competencia para conocer y sancionar, por lo tanto, aplicando la proporcionalidad de la sanción, consideró el hecho más grave para calificar la infracción y los demás se tuvieron como agravantes de la misma, lo que llevó a la Superintendencia a disponer la multa máxima que contempla la ley para las infracciones gravísimas, como fue en este caso, el incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental. Todo lo anterior, en plena concordancia con la doctrina administrativa española, la cual postula que frente a aquellos casos en que hay un único permiso ambiental, o sea, ante un único permiso que regula todas las condiciones por las que se puede desarrollar un proyecto, varios incumplimientos, darían cuenta de lo que se conoce como *"infracción continuada"*. En esta última, los distintos hechos separados y diferidos en el tiempo, no se entienden como infracciones distintas, sino que constitutivas de una misma infracción, siendo irrelevante la cantidad de veces que el titular las incumpla, pues siempre será una sola infracción que podrá ser agravada por dichas circunstancias; precisando que si se sancionara cada hecho como una infracción independiente, se vulneraría no sólo una ley expresa en contrario, sino que también los principios de legalidad y juridicidad contemplados en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, y los principios de reserva legal y tipicidad contemplados en el artículo 19º Nº 3 del citado estatuto legal; afectándose gravemente las garantías fundamentales, especialmente la del debido proceso, en el contexto del procedimiento administrativo sancionador.

Por su parte, el Segundo Tribunal Ambiental, señaló que con posterioridad a la dictación de la resolución impugnada y estando dentro del proceso de reclamación, la Superintendencia del Medio Ambiente, informó sobre la aplicación del citado concurso, precisando que se trataba de un concurso infraccional denominado *"imperfecto"*, indicando que bajo el nombre de *"concurso infraccional",* quiso expresar que existía un concurso de hechos infraccionales, es decir, de distintos hechos que constituyen una misma infracción y no un concurso de infracciones distintas. El órgano jurisdiccional estableció en el considerando *Cuadragésimo Cuarto de la sentencia de fecha 03 de marzo de 2014* causa Rol R Nº 6-2013 que: *"…el Superintendente debió señalar expresamente en la Resolución Exenta Nº 477, y no con posterioridad a ella, que la agrupación de los incumplimientos anteriormente mencionados se debía a la imposición de un "concurso infraccional imperfecto", en que consistía éste y cuál era la diferencia con el verdadero concurso infraccional. Al no realizar la autoridad la argumentación en los términos señalados anteriormente, la resolución impugnada deviene en confusa e incierta respecto de la forma en que el Superintendente arriba a la decisión de sancionar todos los incumplimientos como uno solo y de considerar el número de ellos como agravante"*. Prosiguió el Tribunal Ambiental en el *considerando Cuadragésimo Quinto* de la misma sentencia señalando que: … *"este Tribunal concluye que la resolución impugnada no cumple –entre otros- con los requisitos de integridad y autosuficiencia que se exige a las resoluciones como la impugnada. Carece de integridad porque, de los argumentos señalados por el Superintendente en la citada resolución, no se logra entender por qué se sancionan todas las infracciones a la RCA como una sola, y por qué el número de estas se consideró como una agravante. La carencia de fundamentación resulta contumaz respecto de las infracciones a la Resolución Exenta Nº 107, donde sólo se indica que se aplicará el concurso infraccional sin ningún tipo de fundamentación. La resolución impugnada no es autosuficiente, por cuanto requirió de nuevos argumentos por parte del Superintendente para explicar su decisión, lo que se agrava si se considera que dichos antecedentes estaban destinados a fundamentar una figura jurídica distinta a aquella contenida en la resolución recurrida"*. Finalizó el órgano jurisdiccional manifestando que, no habiendo una norma expresa que regule el concurso infraccional en la Ley Nº 20.417, ni tampoco existir una remisión expresa a las reglas concursales reguladas en el Código Penal o Código Procesal Penal, no se puede imponer dicha figura para justificar la agrupación de infracciones que realizó la Superintendencia del Medio Ambiente (mismo argumento utilizado respecto de la teoría de la infracción continuada), fijando que respecto a los incumplimientos a la Resolución de Calificación Ambiental, son al menos trece infracciones al tipo contenido en el artículo 35 letra a), independientes unas de otras, las cuales deberán ser calificadas y sancionadas en forma separada por la Superintendencia, realizando la calificación de cada uno de ellos conforme al artículo 36 de la Ley Nº 20.417 y determinar conforme a los criterios del artículo 40 de dicha ley, cuál es la sanción correspondiente de acuerdo a una debida fundamentación[34].

34 Al respecto, es importante señalar que lo argumentado por la Superintendencia del Medio

Frente a este fallo del Tribunal Ambiental, la Superintendencia del Medio Ambiente, fue objeto de un severo reproche de legalidad, lo cual fue acompañado incluso de adjetivos como *débil* y *contumaz*. No obstante lo anterior, el órgano administrativo decidió no deducir recurso alguno en contra de la sentencia de fecha 3 de marzo de 2014 causa Rol R Nº 6-2013, con la íntima convicción de que un nuevo y más profundo análisis de los antecedentes, contribuiría a contar con una resolución más robusta, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico[35]. Por su parte, la empresa manifestó que "*defendería el proceso desarrollado por la Superintendencia y que culminó en la sanción ambiental más alta de la historia, porque el proceso sancionatorio y la agrupación de faltas realizados por el regulador ambiental cumple con la ley*"[36]. Al efecto, con fecha 20 de marzo del año 2014, *Compañía Minera Nevada SpA*, presentó sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, en contra de la sentencia de fecha 3 de marzo de 2014 causa Rol R Nº 6-2013, dictada por el Segundo Tribunal Ambiental. En concreto, la empresa recurrente intentó evitar que se sancionara cada infracción de manera singular, ya que en caso contrario, la multa podría aumentar al menos 10 veces y transformar al proyecto en económicamente

Ambiente, en ningún caso obedece a un asunto inédito en el contexto jurídico nacional, toda vez que en su oportunidad, la Excelentísima Corte Suprema de Chile (integrada la sala por el ministro señor *Rubén Ballesteros* (mismo ministro que conoció del recurso de casación en el caso Pascua Lama), estableció en el *Considerando Noveno* de la causa Rol Nº 558-2014, de fecha 15 de abril de 2014: *"Que por otro lado, en lo que atañe a la alegación de haber desglosado la conducta infraccional de su representada, vulnerando el principio del "non bis in ídem", se debe consignar que efectivamente la materia propuesta a discusión en el proceso incide en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, cuyo origen radica en el ius puniendi del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, traspaso que ha de producirse con ciertos matices en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas. En tal contexto, el principio de legalidad requiere que tanto las conductas reprochables como las sanciones con que se las castiga estén previamente determinadas en la ley, con lo que se resguarda la garantía de la seguridad jurídica, desde que la descripción del comportamiento indebido pone anticipadamente en conocimiento del destinatario cuál es el deber a que debe ceñirse en su actuar.*

Despejadas las ideas anteriores, se debe señalar que en la especie no es posible establecer que se haya vulnerado el principio del "non bis in ídem", con arreglo al cual una persona no puede ser condenada ni sancionada dos veces por un mismo hecho, pues la conducta infraccional descrita y sancionada en el artículo 64 de la Ley Nº 19.300 consiste en el incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental. En el caso de autos tal incumplimiento ha sido constatado por la autoridad administrativa, quien aplica sólo una sanción, sin que se pueda sostener que se castigó a la recurrente dos veces por un mismo hecho. En este aspecto es útil consignar que es indiferente la circunstancia de haberse constatado una o más inobservancias de las condiciones impuestas por el instrumento de calificación ambiental, pues basta un incumplimiento para que se satisfaga el tipo sancionador. Es por ello que la cantidad de incumplimientos simultáneos es un elemento que puede ser ponderado por la autoridad para establecer el quantum de la sanción, lo que fue respetado por la autoridad administrativa en el caso sub lite".

35 *"Vamos a acatar el fallo del Tribunal, para posteriormente resolver este caso a partir de una argumentación técnica y jurídica que sea sólida y consistente".* Cristián Franz, El Mercurio, Santiago, 19 de marzo de 2014.

36 José Antonio Urrutia, El Dínamo, Santiago, 02 de julio de 2014.

inviable[37]. Los principales argumentos de *Compañía Minera Nevada SpA,* son que el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, en el ejercicio de su potestad anulatoria, ha incurrido en un manifiesto exceso decisorio, ya que facultado para analizar solo la legalidad de la resolución del acto administrativo, (limitándose a anular todo o parte de la resolución reclamada e instruir su modificación conforme a derecho), ha impartido instrucciones y pautas de acción a la autoridad administrativa[38], en circunstancias que esas materias resultan ser de dominio exclusivo de la Superintendencia del Medio Ambiente y/o de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental y/o de la Comisión de Evaluación Ambiental; exponiendo entonces a la Compañía a un nuevo proceso sancionatorio, en el cual ya se encuentra condenada de forma anticipada. La empresa agregó además, que la sentencia fue dictada con infracción manifiesta a las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, ya que la mayor parte del análisis en que se fundamentó, son a su juicio, ejercicios y cálculos propios del órgano jurisdiccional, y que la Compañía no tuvo oportunidad de conocer ni controvertir; lo que lleva a concluir que más bien el Tribunal Ambiental, apreció las pruebas y los antecedentes del proceso conforme al sistema de la libre convicción, sobretodo en las materias de calidad de aguas superficiales y subterráneas y calificación de los requerimientos de información, arribando el tribunal a conclusiones gravemente equivocadas y que respecto de las cuales es necesario que se declare su nulidad.

Finalmente, con fecha 30 de diciembre de 2014, la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Rubén Ballesteros, Haroldo Brito, Rosa Egnem, Andrea Muñoz y Carlos Cerda; *rechazó* el recurso de casación presentado por la *Compañía Minera Nevada SpA*, en contra de decisión del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago de fecha 03 de marzo de 2014 causa Rol R Nº 6-2013, dado que, como se expresa en el *Considerando Séptimo* del fallo, teniendo en cuenta que *"el tercero coadyuvante es aquel que interviene en un juicio ya iniciado, es que surge con claridad la improcedencia de la pretensión de la Compañía Minera Nevada SpA de apersonarse como tercero coadyuvante de la Superintendencia del Medio Ambiente, toda vez que en el procedimiento cuya legalidad se revisa –y*

37 *"En efecto, en los considerandos 63º, 71º, 90º, 96º, 106º, 114º, 120º, 124º, 153º, 158º y 167º de la sentencia recurrida, el Tribunal Ambiental indica impropiamente pautas de juzgamiento para esta parte, y de su simple lectura se observa que el Tribunal Ambiental ha declarado la nulidad de la Resolución 477 con el propósito de obtener un escenario más gravoso para mi representada, sea por la aplicación de mayores multas que la sometan a una asfixia patrimonial que termine por hacer inviable el Proyecto, o sea por sancionarse sus incumplimientos con la revocación de la RCA".* Escrito del Recurso de Casación de Compañía Minera Nevada SpA, página 58.

38 Cuestión que a juicio de la recurrente, es posible observar en los considerandos 71º, 90º, 96º, 106º, 114º, 117º, 124º y 167º; en donde se observaría que el Tribunal Ambiental, ordenó a la Superintendencia del Medio Ambiente, a efectuar determinadas actuaciones en perjuicio de la Compañía, excediendo los límites decisorios impuestos por el artículo 30 de la Ley Nº 20.600; toda vez que resulta ser una tarea exclusiva del órgano administrativo el de exigir, examinar y procesar los datos, muestreos, mediciones y análisis.

del que nace el acto administrativo impugnado- tuvo la calidad de sujeto pasivo, parte directa que soportó el ejercicio de la acción fiscalizadora e investigadora del organismo citado. Resulta del todo insostenible que en el actual procedimiento Compañía Minera Nevada SpA actúe como tercero ajeno, menos aún en calidad de coadyuvante de un órgano del Estado que representa los intereses públicos, calidad en la que dirigió su accionar en contra de quien se pretende coadyuvante. En este aspecto cabe recalcar que la mencionada compañía no puede equiparar su situación a la de los terceros que eventualmente sólo tienen un interés en que se mantenga un acto determinado, para cuyos efectos concurren en el contencioso administrativo colaborando con el órgano de la Administración". Termina agregando el fallo en su *Considerando Décimo "que determinado como está, conforme a las conclusiones que preceden, que la Compañía Minera Nevada SpA no pudo comparecer en estos autos en calidad de tercero coadyuvante de la Superintendencia del Medio Ambiente y, en concordancia con ello, tampoco pudo entre otras actuaciones, deducir los recursos que se dispuso traer en relación a fojas 1628 del Tomo III, no cabe sino concluir que la resolución de fecha 30 de Julio de 2014, escrita a fojas 487 del Tomo II de estos autos que hizo lugar a la comparecencia de la empresa aludida en la calidad indicada, fue dictada erróneamente causando con ello otras actuaciones irregulares del proceso que esta Corte debe enmendar de oficio en uso de las facultades que le confiere el artículo 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil. En razón de lo señalado, corresponde dejar sin efecto la antes mencionada resolución así como también todas las otras que de ella deriven, en tanto hayan sido causadas y se relacionen con la atribución a la Compañía Minera Nevada SpA de la calidad de parte –tercero coadyuvante-, en la causa".* Lamentablemente, la Corte Suprema resolvió este caso concreto a partir de aspectos formales, evitando entrar a conocer los aspectos de fondo del mismo, perdiendo una oportunidad única (dada la entidad y lo emblemático del caso) de zanjar la discusión, o al menos, dar luces al respecto, a propósito de las materias discutidas y recientemente expuestas.

4. Conclusiones

La relación complicada que llevan adelante la Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales, ha venido a enriquecer el debate ambiental, mejorando la calidad de los aspectos jurídicos en discusión, aumentando la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia ambiental; siendo a través de las resoluciones de ambos órganos, que se irá construyendo la confianza procesal y sustantiva para con la Corte Suprema (otro factor importante y condicionante de esta relación) y la opinión pública en general. Lo anterior, sobre todo, en las materias de deferencia técnica que el máximo tribunal le otorgará al Tribunal Ambiental y al alcance de la discrecionalidad que a este se le permita, respecto de los actos emanados desde la Superintendencia del Medio Ambiente. Lo anterior, dentro de un contexto social en el que se especula con una explosiva judicialización de proyectos ambientales y de desaceleración económica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Allamand, A. Historia de la Ley Nº 20.417.

Ávila, N., Historia de la Ley Nº 20.417.

Bachelet, M. "Mensaje de su Excelencia la Presidenta de la República con el que inicia el proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente", Santiago, 05 de junio de 2008.

Bachelet, M. "Mensaje de su Excelencia la Presidenta de la República con el que inicia el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental", Santiago, 28 de octubre de 2009.

Bermúdez, J. "Derecho Administrativo General", Santiago, 2011.

Cordero, L. "Primer Seminario sobre reforma a la Institucionalidad Ambiental. Perspectivas desde el sector público", Santiago, 2008.

Cordero, L. "Fiscalización Ambiental", El Mercurio Legal, Santiago, 23 de octubre de 2012.

Cordero, L. "Sobre la lógica del control judicial de la Administración", El Mercurio Legal, Santiago, 01 de octubre de 2012.

Costa, E. "Los Tribunales Administrativos especiales en Chile", Revista de Derecho Vol. XXVII Nº 1, Santiago, 2014.

Fernández, T. y García de enterría, E. "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Civitas Ediciones, Buenos Aires, 2006.

Franz, C. "SMA declina apelar a fallo de la justicia por millonaria multa contra Pascua Lama", El Mercurio, Santiago, 19 de marzo de 2014.

Larraín, H. Historia de la Ley Nº 20.417.

Plumer, M. "Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental", Anuario de Derecho Público UDP, Santiago, 2013.

Soto, S. "Súper Ochenteras", Estrategia, Santiago, 14 de octubre de 2009.

Urrutia, J. "Pascua Lama: Juicio por multa histórica partirá a fines de mes", El Dínamo, Santiago, 02 de julio de 2014.

Vásquez, J. "Tribunales Ambientales: Ministros se definen ante judicialización ¿verdes o pro inversión? Y críticas de la Suprema", La Segunda, Santiago, 21 de diciembre de 2012.

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO PREVENTIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Isabel Bravo Puig[1]

1. Introducción

Los principios generales del derecho ambiental han sentado las bases para fundamentar el derecho internacional y nacional en esta materia. Los principios tuvieron sus orígenes en el derecho internacional, y fueron recopilados en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo de 1972 y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

Como consecuencia de la Declaración de Estocolmo de 1972, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación quedó consagrado como una garantía en el artículo 19 Nº 8 de la Constitución Política de la República de Chile, cuya defensa tuteló mediante el recurso de protección en su artículo 20 inciso 2º.

Por otro lado, la Declaración de Río de 1992 fue una fuente inspiradora de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente en Chile, la cual además tuvo como objeto el recopilar las normas dispersas del medio ambiente y darles una regulación más estricta. Esta ley tuvo su origen mediante Mensaje Presidencial, en el que se establecieron algunos de los principios indicados en las declaraciones internacionales, como lo es el caso del principio preventivo.

Este principio preventivo, que consiste en evitar o minimizar la producción de daños al medio ambiente, fue aplicado a los distintos instrumentos de gestión ambiental. En efecto, uno de estos instrumentos, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, consiste en un procedimiento por el que se somete un proyecto o actividad para evitar que se produzcan efectos negativos al medio ambiente, como es el caso de la contaminación.

Los tribunales conocieron de los conflictos que se suscitaron en el derecho ambiental. El principio preventivo no había sido empleado como fundamento dentro de las sentencias de los tribunales superiores de justicia, pues los tribunales habían basado sus decisiones en el texto estricto de la ley, y no en sus principios rectores.

En la actualidad esta idea está cambiando, ya que los tribunales superiores de justicia han fallado de acuerdo a este principio, cuestión que anteriormente no

1 Abogado de la Universidad de Los Andes.

hacían. A menudo el principio se empleaba para describir el carácter preventivo que tiene el sistema de evaluación de impacto ambiental. En consecuencia, la forma de fallar actual de los jueces ha dejado una gran impresión, positiva o negativa, sobre las soluciones ambientales. Hace unos años atrás era difícil que un recurso de protección fuera acogido por una amenaza cierta al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, producto de un acto (u omisión) ilegal (y arbitrario)[2]. Hoy en día se ha vuelto en una posibilidad mayor, atendido a que el principio preventivo ha servido como un criterio fundamental cuando los tribunales superiores de justicia toman su decisión.

El objeto de este ensayo es analizar el principio preventivo dentro de la jurisprudencia del recurso de protección en el derecho ambiental y cómo ha cambiado la forma en que los tribunales han decidido sobre ello en los últimos años

2. Antecedentes del principio preventivo

El derecho ambiental consta de varios principios que sirven como directrices para su objeto. Estos principios han quedado establecidos dentro del ámbito internacional en distintos documentos, como lo son el principio de soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de la Jurisdicción Nacional, principio de la acción preventiva, principio de buena vecindad y cooperación internacional, principio del desarrollo sustentable, principio precautorio, principio contaminador pagador, principio de responsabilidad común pero diferenciada, el principio de acceso a la información y el principio del patrimonio común de la humanidad[3].

En Chile, estos principios quedaron establecidos e incluso enumerados en el Mensaje del Presidente que inició el proyecto de Ley Nº 19.300 de Bases del Medio Ambiente que "permiten dar coherencia (a la ley), y que sin los cuales no se podrá entender plenamente su real alcance y pretensiones". Sin embargo, dentro de la misma ley dichos principios no se mencionan. Es por esto que cuando los tribunales superiores de justicia comenzaron a aplicar el principio preventivo para

2 El recurso de protección para cautelar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación tiene más requisitos de procedencia que la gran mayoría de las garantías constitucionales. Antes de la reforma de 2005, para la procedencia de este recurso de protección se requería que quien amenazara, perturbara o privara el derecho lo hiciera mediante un acto que fuese ilegal y arbitrario. Con la reforma de 2005, se agregó el caso de la omisión, y se eliminó el requisito copulativo de ilegal y arbitrario, bastando para su procedencia que se tratara de un acto u omisión ilegal. A pesar que fue objeto de crítica el que la mera arbitrariedad no fuera procedente para el recurso de protección, en la práctica jurisprudencial ello no ha sido tan relevante, puesto que es difícil que una persona contamine sin haber incumplido una ley.

3 CFR MONTENEGRO A., SERGIO, HERVÉ E., DOMINIQUE ET AL, "Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile", 1ª Edición, Santiago, 2001, pp 40-53.

fundamentar sus decisiones sobre temas ambientales causaron gran impresión entre los expertos del derecho ambiental.

El principio preventivo en el derecho ambiental tuvo sus orígenes en las soluciones de los conflictos ambientales internacionales. Estos problemas ambientales iniciaban por actividades que se realizaban en un Estado que perjudicaban el medio ambiente de otro Estado. En derecho internacional se ha sostenido que el primer caso en que se dieron estos supuestos y que se aplicó el principio preventivo fue el de la Fundición de Trail (Canadá-EEUU) en el que el tribunal arbitral, en su decisión de 11 de marzo de 1941, dictaminó que "con arreglo a los principios del derecho internacional y del derecho de los EEUU, ningún Estado puede usar o permitir el uso de su territorio en forma tal que el territorio de otro Estado o de las personas o propiedades que allí se encuentran sufran daños (...)"[4].

Es así que, posteriormente, surgieron otros casos en que se solucionaron de la misma forma y se suscribieron documentos internacionales que incluían este principio[5]. Como consecuencia de estas prácticas internacionales se redactaron los principios número 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo de 1972 y número 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 en los que se reconoce la soberanía de los Estados para aprovechar sus recursos, pero sin causar perjuicio a los recursos de los demás Estados. De estos principios se extrae el principio preventivo internacional, es decir, evitar producir daño al medio ambiente de otro Estado.

A su vez también estas Declaraciones describen, en forma indirecta, el Principio de Acción Preventiva en el derecho interno de cada Estado. En la Declaración de Estocolmo los principios 6°, 7°, 15, 18 y 24 "se refieren a diversos aspectos relacionados con la prevención del daño ambiental o de la contaminación" y en la Declaración de Río en el principio 11 "Los Estados deberán promulgar las leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican..." y el principio 14 que establece que "Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia

4 CONTRERAS, RODRIGO. "El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente" en *Revista del Derecho Público*, Vol. 69, Nº 2, Santiago, Chile, 2007, p. 341.

5 Algunas convenciones que se refieren puntualmente al principio de prevención son la Convención de Oslo (1972) hace referencia a la prevención de la contaminación marina debida al vertido de buques y aeronaves; la Convención de Londres-México-Moscú-Washington (1972) acerca de la prevención de la contaminación del mar debido al vertido de desechos y otros materiales; la Convención de Londres (1973) sobre prevención de la contaminación de los buques y la Convención de París (1974) relativa a la prevención de la contaminación marina de fuentes terrestres. Ver JAQUENOD DE ZSÖGON, SILVIA, "Derecho Ambiental y sus principios rectores", Editorial Dykinson, 3era Edición, Madrid, 1991, p. 379.

a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana"[6].

El principio preventivo consiste en evitar un daño al medio ambiente y la reducción o disminución del efecto dañino al medio ambiente. "En virtud del principio preventivo, un Estado tiene también la obligación de prevenir el daño ambiental dentro de su propia jurisdicción. El principio preventivo requiere tomar medidas en forma anticipada, antes que el daño ocurra. De esta manera, se manifiesta en la exigencia de procedimientos de autorización (tales como el procedimiento de evaluación de impacto ambiental), en el establecimiento de estándares ambientales (como nuestras normas de emisión y de calidad) y en el derecho a acceder a la información ambiental, entre otros"[7]. La prevención también "pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos"[8].

En cuanto a la legislación interna chilena, se menciona el principio preventivo en el Mensaje Presidencial de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente como principio inspirador de la ley, en el que se señala que "mediante este principio se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos". Para aplicar este principio, en el Mensaje se enumeraron algunos instrumentos de gestión ambiental, incluyendo al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Este procedimiento sirve para evaluar los proyectos o actividades prescritos en el artículo 10 de la Ley Nº 19.300 con el objeto de aprobarlos o rechazarlos dependiendo de los efectos adversos que produzcan al medio ambiente.

Este principio preventivo ha sido utilizado como criterio que fundamenta las decisiones de los tribunales superiores de justicia. Lo cual ha causado varias reacciones debido a que si bien, este principio que inspira a la Ley Nº 19.300, que se encuentra plasmado en su Mensaje Presidencial y que describe a los distintos instrumentos de gestión ambiental, no tiene definición alguna en la ley[9].

3. Antecedentes Jurisdiccionales

Si bien la Ley Nº 19.300 prescribe las normas generales que se deben cumplir, los conflictos que se susciten en esta materia deben ser resueltos por un

6 MONTENEGRO A., SERGIO, HERVÉ E., DOMINIQUE ET AL, op. Cit., p. 44.

7 MONTENEGRO A., SERGIO, HERVÉ E., DOMINIQUE ET AL, op. Cit., p. 44.

8 JAQUENOD DE ZSÖGON, SILVIA, op. Cit., p. 372.

9 CFR GUZMÁN ROSEN, RODRIGO. "Derecho Ambiental Chileno: Principios, instituciones, instrumentos de gestión", Planeta Sostenible, 1ª Edición, agosto de 2012, p. 86-87.

juez. La facultad y función de los jueces es la jurisdicción, es decir, administrar la justicia, o como lo define el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales, es la facultad de conocer las causas civiles o criminales, de juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado[10]. Sin embargo, la forma en que han ejercido los jueces la jurisdicción ha sido variable. Existen autores[11] que sostienen que los jueces sólo deben aplicar la ley en su sentido estricto, siguiendo las reglas más legalistas de la interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil ya que la ley es "la principal y fundamental expresión de la voluntad general". Es más, ministros de la Corte Suprema han señalado que los jueces tienen el deber de dar cumplimiento estricto a la ley y que no les corresponde hacer un juicio de valoración de justicia al texto de la ley porque aquello es de competencia del legislador, y no del judicial[12]

Debido a que la cultura jurídica chilena se ha cimentado en el legalismo que señala el Código Civil, y que tiene sus orígenes en la revolución francesa, es que se ha criticado tanto la forma en que han resuelto las últimas controversias ambientales los tribunales superiores de justicia.

Otros autores, en cambio, piensan de manera distinta con respecto al valor de la jurisdicción. Ellos creen que sus sentencias reiteradas sirven como fuentes del derecho. Es así que se ha señalado que ellos "no son únicamente los intérpretes del derecho, sino los creadores de nuevas reglas del derecho" y que ellos tienen la responsabilidad "en orden a descubrir y divulgar los principios generales del derecho", especialmente deben utilizarlos como función de garantía para proteger los derechos esenciales de la persona[13]. No obstante se ha señalado que "por el principio de igualdad, no sería lícito a un Tribunal modificar, sin una adecuada y fundamentada razón aquellos criterios y opiniones que previamente hubiera aplicado

10 CFR CASTILLO SALDÍAS, JAIME. "El Concepto de la Jurisdicción en la Doctrina", Universidad Católica de Chile. mayo 1992.

11 Juan Colombo señalaba que "...si alguien debe preocuparse del concepto valorativo de justicia es quién dicta las normas y no quien debe ajustarse estrictamente a ella en la dictación de sus sentencias, por ello, muchas críticas al Juez deben trasladarse al legislador" citado en CASTILLO SALDÍAS, op. Cit., pp. 108-109.

12 BARAONA GONZÁLEZ, JAIME. "La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* Vol. 35, nº 2, Valparaíso, Chile, 2010, p. 433-434, en la que señala que el Presidente de la Corte Suprema de 1992 en su discurso para el año inaugural: "la ley la dicta el poder político –Poder Legislativo y Poder Ejecutivo– y ellos dicen lo que es justo, sin que sea permitido al juez discutir o dudar de la justicia que la ley encierra".

CORREA SUTIL, JORGE. *La cultura jurídica chilena*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile, p. 80. Señala que el discurso para el año inaugural de 1952, el Presidente la Corte Suprema dijo "que los jueces cuando juzgan no pueden tener más norma rectora que la ley" y que en la declaración del Pleno de 6 de julio de 1987, la "Corte Suprema reafirma (...) que la función de los Tribunales consiste en aplicar la ley y no hacer justicia".

13 ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE. "Principios Generales del Derecho", Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 108-109.

con los caracteres de uniformidad (...) en casos que versaron sobre la misma materia que sea objeto de actual juzgamiento"[14].

La jurisprudencia ha servido para demostrar cómo se aplica la ley, porque si bien la ley es la reina, es la jurisprudencia quien gobierna, creando efectos directos vinculantes para las partes[15]. La jurisprudencia también tiene capacidad innovadora, ya que "permite la aplicación de principios elaborados en épocas pasadas y contextos culturales muy distintos para dar respuesta a situaciones actuales" y porque establecen en forma manifiesta teorías que se encuentran dentro de la doctrina, que si no fuera por las sentencias, no se aplicarían[16]. Además la jurisprudencia también ha establecido normas de admisibilidad en su propio procedimiento y ha llenado vacíos legales[17]. "Por otra parte, la unidad de la jurisprudencia debe ser mirada como una auténtica garantía, que permita –de un modo razonable– prever el contenido final de la decisión para casos análogos evitando la arbitrariedad judicial"[18].

Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha sostenido que la jurisprudencia no es fuente del derecho porque los jueces deben aplicar la ley a los hechos de la causa según las normas de interpretación de la ley establecidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil, la uniformidad de la jurisprudencia no es vinculante para el juez que conoce de una causa similar y "el principio del efecto relativo de las sentencias, consagrado en el artículo 3 del Código Civil, impediría dar valor a la jurisprudencia"[19].

Con respecto a la jurisprudencia en derecho ambiental sucede lo mismo. A los tribunales se les ha criticado que deben también aplicar lo establecido en la ley[20]. Sin embargo, también la Constitución Política de la República establece en su art. 19 N° 8 que "es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza". "Estas obligaciones alcanzan a todas las esferas del poder –legislador, administrador y juzgador-, de tal manera que en el ejercicio de sus funciones y atribuciones constitucionales, tienen el imperativo de concebir normas, aplicarlas y ejecutarlas, respectivamente conforme con la ruta y significado del aseguramiento del legítimo ejercicio del derecho a vivir en un ambiente adecuado"[21].

14 ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE, op. Cit., p. 111.

15 CFR ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO. "La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente de Derecho" Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, mayo 2004, p. 117-118, quien cita a su vez a Domínguez Benavente, Ramón et al.

16 ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, op. cit., p. 121.

17 CFR ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, op. cit., pp. 128, 132.

18 ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, op. Cit., p. 14.

19 ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, op. Cit., p. 48-49.

20 Ver Reacciones de las últimas Sentencias de la Corte Suprema, en la página 22 de este ensayo.

21 GUZMÁN ROSEN, op. Cit., p. 78-79.

4. Jurisprudencia en relación al Principio Preventivo

Las últimas sentencias emanadas de los tribunales superiores de justicia sobre el principio preventivo en los asuntos contenciosos ambientales han cambiado la perspectiva del rol del juez ante estas materias. En estos momentos existe una inseguridad al demandar porque no existe una garantía que señale que el juez vaya a solucionar el conflicto de acuerdo a los parámetros estrictos de la ley o si guiará su juicio conforme a este principio rector. Los tribunales superiores de justicia no están interpretando las normas de acuerdo a los artículos 19 al 24 del Código Civil y sus decisiones no son uniformes con lo que se establecía con anterioridad respecto a los principios. Esto debido a que en sentencias anteriores nunca habían basado su decisión en los principios, sino que se habían remitido a la prevención como una de las características a los instrumentos de gestión ambiental o rechazaban la acción argumentando que no les correspondía a ellos decidir sobre esa materia.

A modo de ejemplo, se ha manifestado el principio preventivo como un descriptor del sistema de evaluación de impacto ambiental en las siguientes causas:

1. En la causa Rol Nº 6.460-2005 ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, se dedujo recurso de protección por vulnerar la actividad económica de una persona debido a que la Dirección General de Aguas no podía conceder al recurrente el derecho de aprovechamiento de aguas sobre un determinado cauce por no contar con una resolución de calificación ambiental favorable. La Corte, en su considerado séptimo de la sentencia, se refiere a que la actividad de extracción de aguas sería en una zona de protección por lo que "debe someterse previamente a una evaluación de impacto ambiental", como lo señala la Ley Nº 19.300 en su artículo 10, letra p), "ya que de no ser así no podría establecerse el impacto que el ejercicio del derecho de aprovechamiento provocaría en las áreas de vegas y bofedales protegidas, revistiendo, en consecuencia, el carácter de preventivo". La Corte Suprema confirmó lo establecido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

2. En la causa Rol Nº 7.249-2009 ante la Corte Suprema en la que Celulosa Arauco interpuso recurso de casación en el fondo por una ilegalidad respecto a la competencia que tiene la Superintendencia de Servicios Sanitarios para imponer sanciones ante un incumplimiento del plan de monitoreo que ésta estableció dentro de la resolución de calificación ambiental. Junto con rechazar este recurso, la Corte Suprema señaló en su considerado Noveno acerca de la característica preventiva del SEIA para evitar daños ambientales, además que "si la RCA [resolución de calificación ambiental] impuso determinadas condiciones para dar su aprobación al funcionamiento de la Planta de producción de celulosa de Valdivia,

lo fue en razón a que con esas condiciones y no con otras diversas se da cumplimiento a la finalidad de armonizar la actividad productiva con la protección del medio ambiente en que ha de realizarse, siendo tales medidas las consideradas necesarias para mitigar el impacto al medio ambiente que ha de producir la operación de la planta, sin que éstas medidas preventivas y/o paliativas puedan modificarse mediante un acto administrativo posterior que altere sus consecuencias".

3. En la causa Rol Nº 6.312-2009 ante la Corte de Apelaciones de Santiago se presentó recurso de protección para garantizar la libertad a realizar actividades económicas y sobre la propiedad de Aguas Andinas porque dentro de las condiciones que se les impuso en la resolución de calificación la obligaba a realizar otras actividades que no estaban consideradas dentro del proyecto. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso de protección debido a que no correspondía que en una acción cautelar se conozcan asuntos de índole técnica, pero que de todas formas la resolución de calificación ambiental podía imponer condiciones, señalando a su vez que el "sistema de evaluación de impacto ambiental es un instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo; en definitiva se trata de una autorización de funcionamiento con contenido ambiental, y en la especie, sujeta a las condiciones que por esta vía se impugnan". La Corte Suprema confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones.

4. En la causa Rol Nº 10.869-2011 ante la Corte de Apelaciones de Arica se presentó recurso de protección contra el titular del proyecto "Manganeso Los Pumas" por no haber sido consultado a los pueblos originarios en la forma que establece el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que podría amenazar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a su vez atentaría contra el principio preventivo del derecho ambiental.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso porque no corresponde alegar las formas de consultas con una acción cautelar que pretende tutelar una garantía constitucional afectada mediante amenaza, perturbación o privación. Con respecto a la prevención sólo fue utilizado como característica al sistema de evaluación ambiental: "es de carácter preventivo y persigue lograr una adecuada relación entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente. En ese contexto, los proyectos o actividades y sus modificaciones, establecidos en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 deben ser evaluados ambientalmente en forma previa a su ejecución, lo que supone el análisis normativo y técnico de sus impactos ambientales, examinando la viabilidad ambiental de un proyecto, determinando técnicamente si se ajusta a las normas vigentes". La Corte Suprema confirmó lo señalado por la Corte de Apelaciones, excepto por un considerando que no dice relación con este trabajo.

A su vez, los tribunales superiores de justicia han señalado que no corresponde aplicar un principio para determinar una amenaza de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. De esta manera han decidido con respecto al principio precautorio en las siguientes causas:

1. En la causa Rol Nº 185-2007 ante la Corte de Apelaciones de Concepción se presentó recurso de protección contra Entel PCS por la construcción de una antena ya que podría producir efectos dañinos para la salud, por lo que, siguiendo el principio precautorio y otras normas con respecto a la construcción de antenas, el recurrente solicitaba que se paralizara su instalación. La Corte de Apelaciones desestimó el recurso de protección porque no estaban afectadas las garantías establecidas y, con respecto al principio precautorio señaló que "es un principio que surgió a propósito de la normatividad internacional sobre derecho ambiental y cuya principal expresión debe ser la norma positiva emanada de la autoridad legislativa o administrativa, por lo que su importancia es menor a nivel jurisdiccional, máxime que en este caso, tal como se explicitó, en Chile existe una norma que limita las emisiones electromagnéticas y se encuentra vigente". La Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción.

2. En la causa Rol Nº 44-2009 ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique, que al igual que la causa anteriormente examinada, se presentó un recurso de protección contra Entel PCS por la construcción de una antena debido a que sus emisiones podrían producir daños a la salud de acuerdo al principio precautorio. El Tribunal rechazó el recurso de protección señalando que, entre otras, no cabría aplicar el principio precautorio, entendiéndolo así "como la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen al medio ambiente, pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquél". Si bien la Corte señala que este principio es "loable, plausible y meritorio", no puede ser aplicado al caso concreto porque "no resulta comprobable e incluso es controvertible, aparte de que su discusión solo puede quedar entregada a una acción de lato conocimiento, propio de un juicio declarativo y que escapa al ámbito del recurso de protección que, por su naturaleza, no está destinado a resolver controversias como la que se ha planteado". En la sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de marzo de 2010 confirmó la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, la forma en que los jueces se referían a los principios del derecho ambiental para dictar sus sentencias, ya sea que los consideraran

fuera del ámbito de la jurisdicción o, a lo menos, para ser conocido en un juicio de lato conocimiento, o ya sea que la prevención se usara para describir una de las características al sistema de evaluación de impacto ambiental, comenzó a cambiar. De esta forma, se pueden observar causas en las que uno o más ministros de los tribunales superiores de justicia basan su decisión minoritaria en un principio de derecho ambiental. Esto ha sucedido en las siguientes causas:

1. En la causa Rol Nº 72-2009 ante la Corte de Apelaciones de Concepción se dedujo recurso de protección contra la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) que aprobó mediante resolución de calificación ambiental favorable la central termoeléctrica de carbón "Los Robles" debido a que esta decisión afectaría la libertad a vivir en un ambiente libre de contaminación. De acuerdo a los ministros de la Corte Suprema, en su considerado noveno, señalan que no hubo ilegalidad ni arbitrariedad, y que no les corresponde a esta sede revisar los aspectos técnicos del proyecto, por lo que se rechazaba el recurso de protección.

Si bien uno de los ministros estuvo de acuerdo en que no hubo ilegalidad, estimó que se pudo haber revisado más el fondo de la causa, y realizar los estudios que el derecho comparado les indica realizar, y exigir medidas que eviten la contaminación, ya que en este punto existía arbitrariedad. Para este argumento señaló que "para evitar el daño a que se refieren los recurrentes deben, necesariamente, tomarse precauciones, toda vez que la naturaleza dañada es difícil de reponer a su estado original y si el daño no puede evitarse totalmente y el desarrollo del país requiere de la intervención en el medio ambiente (la necesidad de energía eléctrica en nuestro país), deben tomarse medidas para disminuir el daño".

Este juez también se refirió al principio precautorio, citando a la doctrina española que "las limitaciones de la ciencia para predecir de manera anticipada y con exactitud los daños que puede sufrir el medio ambiente y la posibilidad de alternativas tanto de procesos, como de productos menos dañosos y a esa ausencia de verdad científica, debe ceder paso a la verdad social, es decir, cimentada sobre la decisión de los ciudadanos".

Terminó señalando que "en un simposio en la ciudad de Johannesburgo, entre el 18 y el 20 de agosto de 2002, acordaron "que los jueces reconocen que la rápida evolución de los acuerdos ambientales multilaterales, las Constituciones y los Estatutos Nacionales relativos a la protección del medio ambiente requiere cada vez en mayor medida que los tribunales interpreten y apliquen los nuevos instrumentos jurídicos de forma coherente con los principios del desarrollo sostenible".

La Corte Suprema en causa Rol Nº 246-2010, confirmó la sentencia de primera instancia, pero dando aplicación al principio preventivo, al agregar que los recurrentes no habían probado que "las acciones de mitigación, compensación y reparación propuestas por el titular del proyecto para enfrentar los impactos ambientales" eran insuficientes para evitar un daño ambiental y que tampoco probaron los impactos negativos que podrían suceder si se ejecutara el proyecto.

2. Causa Rol Nº 10.220-2011 ante la Corte Suprema que confirmó la sentencia apelada que había rechazado un recurso de protección en contra de la Comisión que había aprobado mediante la resolución de calificación ambiental favorable al proyecto de Hidroaysén, la cual, de acuerdo a los recurrentes, amenazaría el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación al vulnerarse las distintas convenciones internacionales, por la posibilidad que ocurriese un desbordamiento de un glaciar con descarga de agua, roca y sedimento (fenómeno GLOF, por sus siglas en inglés) y se afectara el hábitat del huemul.

La Corte Suprema señaló que el proyecto iba a afectar un sector del parque nacional que no tiene recursos, por lo que no se infringiría la Convención de Washington, que el titular del proyecto había presentado proyectos a futuro acerca de la mitigación en el caso del fenómeno GLOF ante la Dirección General de Aguas y la Dirección de Obras Hidráulicas, y se comprometía al estudio de huemules. Sin embargo, esta sentencia contó con dos votos disidentes en que señalaron que correspondía revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones, y por lo tanto, revocar la resolución de calificación ambiental, porque el titular del proyecto iba a realizar estudios a futuro, cuando debió haberlos realizado antes o durante el estudio. "Si bien el fallo del cual se disiente cita diversos artículos que se han interpretado como permisivos de condicionamientos futuros, tal interpretación resulta errónea a la luz de los principios rectores de la legislación y de las normas citadas en forma previa".

Es así que se entiende que los dos votos disidentes comparten el hecho que los estudios han de ser realizados previamente a la autorización para ejecutar proyectos, para evitar un posible daño ambiental.

3. En causa Rol N°4.755-2012 ante la Corte Suprema se apeló el rechazo de un recurso de protección en el que la recurrente había deducido recurso de protección por vulnerar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en contra de una resolución de reclamación emanada del Servicio de Evaluación Ambiental que revocaba la resolución de calificación desfavorable que había dictado, haciendo que la resolución sea favorable al proyecto de depósito de cenizas "Las Trancas".

La Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones, atendido a que no se individualizó correctamente al agraviado del derecho y que tampoco se probó cómo podría ser vulnerado su derecho. Hubo un voto disidente en el que se señala que la recurrente, que en este caso era una Municipalidad, sí tenía el derecho de hacerlo, en representación de la comunidad afectada, y, realizando un estudio de los asuntos técnicos de fondo del proyecto, en especial la resolución que calificó en forma desfavorable el proyecto, estableció que correspondía que el proyecto se sometiera a un estudio de impacto ambiental, ya que la cantidad de pentaclorofenol que existía en el suelo y que podría ser mezclado con las aguas subterráneas mediante la excavación de pozos que implica una de las actividades del proyecto podría ser perjudicial a la salud de la población, ya que en la tierra se supera las concentraciones permitidas de pentaclorofenol establecidas por las normas de derecho comparado.

Asimismo, el juez disidente señaló que la revocación que hizo el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental a su resolución anterior es un acto arbitrario ya que de mezclarse las aguas que sirven para el consumo de la población con el pentaclorofenol de la tierra podría causarle un riesgo para su salud, por lo que correspondía que ingresara el proyecto mediante estudio de impacto ambiental ya que "la necesidad del Estudio de Impacto Ambiental en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que sólo se cumplen si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia"[22].

Las últimas sentencias de los tribunales superiores de justicia han aplicado el principio preventivo como un principio general del derecho como si éste fuera vinculante para la aprobación o desaprobación de ciertos actos. El principio preventivo ha sido utilizado como fundamento para la decisión del juez. Así se puede observar en las siguientes causas:

22 Este juez disidente además enunció el deber de aplicar los principios del derecho ambiental para todos los organismos del Estado, puesto que "orientan el desarrollo de las instituciones y su regulación. Son fundantes de la actividad legislativa, de la actuación del ejecutivo, inspiradores de la labor jurisdiccional (...) Son principios de interpretación de sus disposiciones, por la necesaria congruencia entre ellos como criterios generales y las normas concretas que los llevan a la práctica en las situaciones particulares (...) Fortalecen el valor de la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad (...) pueden ser vinculantes y perentorios para todos los operadores, esto es, para las autoridades nacionales, entre ellas para los legisladores, gobiernos, tribunales e individuos particulares, como para los Estados en sus relaciones internacionales".

1. En causa Rol Nº 317-2008 ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso se dedujo recurso de protección contra la COREMA de Valparaíso por haber aprobado el proyecto "Centro Termoeléctrico Campiche". La Corte de Apelaciones acogió el recurso porque el lugar en donde se emplazaría el proyecto "corresponde a la zona de restricción primaria de riesgo para el asentamiento humano (...), en la que sólo se permite el desarrollo de áreas verdes y áreas recreacionales vinculadas a las actividades propias del uso de las playas, con sus instalaciones mínimas..." y prohíbe la instalación de comercio, oficinas, entre otras.

Además, la Corte de Apelaciones agregó que la actuación de la COREMA constituyó "una amenaza o atentado contra el equilibrio del sistema medio ambiental, cautela o reserva que forma parte de la labor preventiva que el Estado debe resguardar en esta materia para evitar o prevenir los inconvenientes o daños que pueden temerse, principio ambiental que emanan de fuentes internacionales denominado "principio precautorio", que señala que cuando haya amenaza del daño grave e irreversible a la naturaleza, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como excusa para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, el que también es reconocido en el Mensaje de la Ley de Bases del Medio Ambiente, cuando expresa que el "principio preventivo" se consigna en la ley en cuatro acciones indicando entre ellos, el "Sistema de Impacto Ambiental".

La Corte Suprema, a su vez, confirmó la sentencia apelada, la cual añadió que "La obligación constitucional que se le impone al Estado de proteger el medio ambiente sólo puede entenderse bajo la premisa que a partir de él se desarrolla toda forma de vida. Esto es, cumple una función claramente preventiva".

2. La causa Rol Nº 1.960-2012 ante la Corte Suprema fue el resultado de una acumulación de otros recursos de protección cuyas sentencias fueron apeladas y que se relacionan con los proyectos, "Central Termoeléctrica Castilla" y "Puerto Castilla", que tenían al mismo titular y conformaban un proyecto mayor. Con respecto a la "Central Termoeléctrica Castilla", la Corte Suprema confirmó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones que acogió el recurso de protección, pero con respecto al "Puerto Castilla", que había rechazado el recurso de protección, la Corte Suprema la revocó.

La Corte Suprema confirmó la decisión de primera instancia para el proyecto "Central Termoeléctrica Castilla" porque si bien, según modelos numéricos de la recurrente, las emisiones no iban a superar el 80% de las normas de calidad ambiental de Gases (SO2, NO2; CO y O3) y de Material Particulado respirable (MP10), si podría haber riesgo de contaminación

en cuanto a los "trazos de mercurio, cadmio, cromo, cobre, níquel, plomo, vanadio y zinc, presentes en el material particulado respirable que no fueron evaluados por el particular".

La Corte Suprema revocó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta con respecto al "Puerto Castilla" que había rechazado en primera instancia el recurso de protección. La Corte Suprema señaló que ambos proyectos, "Central Termoeléctrica Castilla" y "Puerto Castilla", tenían que ser evaluados conjuntamente, es decir, que el titular tenía que iniciar nuevamente el procedimiento de evaluación por medio de un estudio de impacto ambiental que describiera pormenorizadamente ambos proyectos, debido a que el proyecto de "Puerto Castilla" por su conexión con el proyecto "Central Termoeléctrica Castilla" consistiría en el transporte de Petróleo Diesel y Carbón, "ambos combustibles altamente contaminantes y susceptibles de alterar el medio ambiente por donde circularán". La Corte Suprema señaló que el titular actuó de manera arbitraria al dividir los proyectos, e ilegal porque no "atenta contra la finalidad que el legislador previó al instaurar la norma, que en este caso, no es otra que asegurar a todas las personas el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, derecho que en estas circunstancias se ve afectado, al desconocerse la unidad de ambos proyectos y, además el total del área de influencia". A su vez, la Corte Suprema se refirió al principio preventivo, reprochando a la autoridad ambiental al "obviar la conexión o comunicación de ambos proyectos evaluados, en forma clara y detallada, que permita conocer más allá de toda duda, la real área de influencia de ambos proyectos y así prevenir eventuales daños o alteraciones al medio ambiente".

3. En la causa Rol Nº 2.463-2012 ante la Corte Suprema en que se apeló el rechazo de un recurso de protección que se presentó en contra del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental porque el informe consolidado de evaluación que emitió para el proyecto de la central hidroeléctrica "Río Cuervo" carecía de ciertos requisitos establecidos en artículo 9° bis de la Ley Nº 19.300, dado que no aparecen los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación"; "la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados" y "la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto". Lo que interesaba especialmente al recurrente es que la Comisión de Evaluación de Impacto Ambiental tomara su decisión con respecto a las observaciones que realizó el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN). El Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental señaló que cumplía con todos los requisitos establecidos en el artículo 27 del Reglamento, y que el artículo 9 *bis* entró en vigencia en forma posterior al ingreso del proyecto al estudio de impacto ambiental.

La Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones haciendo, primero, una mención al principio preventivo como está descrito en el Mensaje de la Ley Nº 19.300, argumentando que las mitigaciones se deben realizar previamente a la ejecución de un proyecto, y en segundo lugar, señalando que el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental de Aysén había cometido una ilegalidad al haber incumplido, entre otras normas, el artículo 27 inciso 2º letra d) del Reglamento SEIA que dispone que el informe consolidado de evaluación debe contener las "conclusiones respecto a cada uno de los aspectos que digan relación con el cumplimiento de la normativa de carácter ambiental y los antecedentes respecto de la proposición de las medidas de mitigación, compensación o reparación en consideración a que éstas sean apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley, en base a la opinión de los órganos de la Administración del Estado que participan en la calificación del proyecto o actividad contenida en los informes pertinentes". Atendido a que las observaciones de SERNAGEOMIN consistían en la posibilidad que se produjeran flujos piroclásticos –gases volcánicos- y que accedieran al río Tabo, recomendó que era necesario que el titular del proyecto realizara un estudio del suelo que "debe ser presentado previo al inicio de la construcción del embalse, y conforme a sus resultados se deberán proponer al plan de prevención correspondiente". Es así que la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia, dejando sin efecto el informe consolidado de evaluación (ICE), y estableció que previo a la dictación del ICE, será necesario que el titular del proyecto realice el estudio del suelo pertinente.

4. En causa Rol N° 3.141-2012 ante la Corte Suprema se revocó la sentencia que había dictado la Corte de Apelaciones de Concepción. En la primera instancia se recurrió de protección en contra de la resolución de calificación ambiental que aprobó la modificación del proyecto de "Central Termoeléctrica de Bocamina" por haber sido evaluado a través de una declaración de impacto ambiental en vez de un estudio de impacto ambiental, siendo que en el proyecto original se había presentado por estudio de impacto ambiental. Se rechazó el recurso de protección y el recurrente apeló.

En segunda instancia, la Corte Suprema señaló que debido a la tecnicidad del proyecto correspondía que fuera evaluado pormenorizadamente por un estudio de impacto ambiental, "pues sólo de ese modo es posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno en que se ubica" de acuerdo a lo señalado en el artículo 11 ter. Añade que sólo se cumplen los principios inspiradores del ordenamiento jurídico ambiental, en particular los principios preventivo y de responsabilidad, "si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que

sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental, al igual como se hizo al momento de someter a ese procedimiento los proyectos originales, y no con una mera Declaración de parte interesada como ahora se pretende, que a todas luces es insuficiente".

5. En causa Rol Nº 19-2013 ante la Corte Suprema se apeló la resolución que rechazó un recurso de protección que se había presentado ante la Corte de Apelaciones de La Serena en contra de la minera "Los Pelambres" por la amenaza a la vulneración del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación por la probabilidad que el tranque de relave "El Mauro" se rebalsara por alguna actividad sísmica. La Corte Suprema llegó a la conclusión, a partir de un informe de un perito, que si bien el informe técnico de Servicio Nacional de Geología y Minería señaló que cuando se realizó el relave "se consideraron factores de estabilidad sísmica más exigentes que los requeridos por la normativa vigente" de aquella época (2004), ello no obstaba a la probabilidad que hubiese sismos de mayor intensidad en el futuro. Este "aspecto (...) obliga a adoptar las mayores medidas de seguridad factibles dando con ello aplicación al principio precautorio, pues ante tal advertencia y la ocurrencia de un hecho de la naturaleza de grave magnitud no se podrá indicar que se estará ante un imprevisto que no es posible resistir". Fue así que el tribunal decidió que el titular del proyecto debía incorporar un "mecanismo de control y supervigilancia permanente del funcionamiento de las instalaciones del tranque "El Mauro", a fin de prever cualquier situación riesgosa".

Esta sentencia contó con dos votos disidentes, señalando que en ningún caso procedía el recurso de protección atendido a que no existía ilegalidad, debido a que el relave cumplía con las exigencias sismológicas, y porque se le estaba exigiendo medidas ante un evento de característica fortuito o fuerza mayor.

6. En causa Rol N° 7.895-2014, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) había deducido un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó la sentencia de primera instancia y acogió la reclamación interpuesta por Aguas Andinas S.A. en contra de la Resolución N° 978-2009 de 24 de noviembre de 2009, dictada por la COREMA de la Región Metropolitana, que sancionó a la reclamante con una multa ascendente a 500 UTM por incumplimiento a las condiciones establecidas en la Resolución N°458/2001, resolución de calificación ambiental que aprobó el proyecto "Planta de Tratamiento de Aguas Servidas La Farfana". La Corte Suprema, luego de revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones por la causal de *ultra petita*, dictó sentencia de reemplazo de fecha 13 de agosto de 2014, refiriéndose

directamente al principio preventivo, en los siguientes términos: "Para hacer realidad también este principio [preventivo] es que se consagran las normas sobre responsabilidad, que no sólo pretenden hacer efectivo el principio de reparación del daño causado, tanto en el patrimonio de cualquier particular como en el patrimonio ambiental, sino que también persiguen un objetivo de prevención general, inhibiendo a los particulares de causar daños al medio ambiente en virtud de un sistema de sanciones pecuniarias (véase en Historia de la Ley N°19.300, Mensaje Presidencial, año 1994, pág. 15 y 16. www.bcn.cl)".

Concluye, en relación al principio preventivo, que de acuerdo a la legislación de la época al calificar favorablemente el proyecto por CONAMA, ésta estableció condiciones conforme lo indica el principio preventivo. Es así que señala en su considerando tercero "Que de los fundamentos de la resolución reclamada surge en forma clara la aplicación del principio preventivo en la RCA N°458/2001 cuando establece la condición incumplida por Aguas Andinas S.A.

En efecto, en el considerando 7.2 de la Resolución sancionatoria se dispone: "Que dicha medida tiene por finalidad evitar la transformación de suelos de riego en suelos de secano, y fue establecida como medida de mitigación relativa al componente ambiental suelo".

7. En la causa Rol Nº 12.938-2013 ante la Corte Suprema conoció de un recurso de casación en el fondo presentado por la comunidad de Caimanes que gozan de una servidumbre natural de aguas en la comuna de Los Vilos, Coquimbo y que inicialmente habían presentado una denuncia de obra nueva en contra de "Minera Los Pelambres S.A." quien tenía una construcción sobre el tranque de relaves "El Mauro" puesto a que se afectaría el cauce natural de las aguas del Estero Pupío en donde tienen sus servidumbres, denuncia que había sido rechazada en primera y segunda instancia por ser extemporáneo.

La Corte Suprema acogió el recurso de casación debido a que los denunciantes sí tenían legitimidad para denunciar la obra nueva, estando dentro de plazo. La Corte Suprema consideró "imperativo consignar, además, que existe un interés público en proteger el medio ambiente y este resguardo puede hacerse de diversas maneras. Desde una posición reactiva, es decir, respecto del daño ya producido, o bien, por una acción preventiva frente a riesgos conocidos para evitar que éstos se produzcan, o a través de la utilización de un conjunto de preceptos que eviten la materialización de daños provenientes de factores desconocidos o inciertos.

De todos modos, es deber ineludible de la autoridad, la puesta en práctica de los principios de cautela o de precaución y de prevención ambiental que constituyen algunos de los basamentos cardinales rectores en materia medioambiental".

Antes de la parte resolutiva de la sentencia, la Corte Suprema concluye que "En la especie, también debe aplicarse el principio de prevención ambiental, pues la intervención de la cuenca por parte de la demandada produjo alteraciones en la oscilación natural o estacional de los caudales de agua y la reducción notable de su flujo normal, que provocaron cambios en las condiciones ambientales del ecosistema, los que impactarán de manera negativa a toda la comunidad, situación que compele a la adopción de medidas adecuadas, oportunas y atingentes".

8. En causa Rol Nº 11.932-2014, la Corte Suprema revocó el rechazo de un recurso de protección presentado en contra de una minera por la amenaza que conlleva a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el realizar exploraciones en un sector de humedales sin contar con una evaluación de impacto ambiental. En primera instancia, el recurso de protección fue rechazado. Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia debido a que la exploración en un área de protección oficial en el que se ejecutaría un proyecto de gran envergadura requiere "que la autoridad competente se pronuncie de modo previo a la ejecución de las obras, a fin de cumplir con el principio preventivo que informa la legislación ambiental, todo lo cual se ve reafirmado por la redacción del precepto citado en el motivo décimo, artículo 10 de la Ley Nº 19.300, el cual establece la obligación de someterse a dicho sistema de evaluación ambiental en cualquiera de sus fases, de modo que aun cuando la recurrente afirma que su actividad tiene carácter únicamente explorativo, ella igualmente se encuentra comprendida dentro del deber de evaluación ambiental antes referido".

9. En causa Rol Nº 7.876-2013, la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado un recurso de protección presentado por dueños de una zona rural en contra de la Comisión Evaluadora Ambiental de la Región de Bío-Bío que calificó favorablemente la declaración de impacto ambiental de un proyecto sobre reciclaje de materias biológicas y cuyos residuos amenazarían el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puesto que se estaría calificando favorablemente un proyecto que debería estar situado en una zona de infraestructura sanitaria (no la productiva industrial molesta) y que, de acuerdo a sus características, debió haber sido sometida a un estudio de impacto ambiental.

La Corte Suprema acogió el recurso de apelación, luego de citar otros casos en que la Corte se ha referido al principio preventivo, agregando que de "los antecedentes consignados precedentemente, analizados desde la óptica del principio preventivo, obligan a que la labor de los tribunales se oriente necesariamente a precaver cualquier externalidad que a la postre pueda significar una lesión a los derechos de las personas, predicamento en el cual no resulta admisible que se resuelva posponer la adopción de las medidas que minimicen los posibles riesgos inherentes al proyecto". (Considerado sexto de la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2013).

5. Reacción a las últimas Sentencias

Las sentencias emanadas de los tribunales superiores de justicia han tenido diversas reacciones que se materializan en críticas o en aprobaciones dentro de los distintos sectores sociales.

Luis Cordero distinguió entre las causas de "Hidroaysén" (Rol 10.220-2011) y de "Río Cuervo" (Rol Nº 2.463-2012) en la que la sentencia de "Hidroaysén", que había sido dictada hacía un mes atrás a la de "Río Cuervo", señalaba que no era necesario contar con los estudios técnicos respecto al fenómeno GLOF durante el procedimiento SEIA, pero que se establecería como condicionante para la resolución de calificación ambiental favorable. Sin embargo, en el caso del "Río Cuervo" (Rol Nº 2.463-2012) "la tesis de la Corte fue distinta y para eso desarrolló extensamente el principio de prevención. En efecto, afirmó que a consecuencia de tal principio no es jurídicamente admisible que una evaluación ambiental prescinda de información técnica para el desarrollo futuro de estudios que en opinión de ella debían ejecutarse con anterioridad, pues de lo contrario se eludirían las obligaciones propias del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), cuestión que había advertido la minoría en ese caso (el de Hidroaysén)"[23]. De esta manera, según el autor, los criterios por los que la Corte Suprema decide sobre las controversias ambientales dependen de los ministros que componen la tercera sala del tribunal supremo.

Se ha señalado también que "no procede una acción de protección contra las [resoluciones de mero trámite]" debido a que no "tiene[n] la aptitud de causar agravio por sí mismo". Además la admisibilidad de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de una declaración o un estudio le corresponde a los "órganos sectoriales encargados de la evaluación". La Corte Suprema ni siquiera

23 CORDERO, LUIS. "Y ahora, Río Cuervo", en El Mercurio Legal, 16 de mayo de 2012, disponible en http://www.fn.cl/wp-content/uploads/2012/05/120516-luis-cordero-y-ahora-rio-cuervo-el-mercurio-legal.pdf

establece la causal dentro del artículo 11 de la Ley Nº 19.300 que determine que el proyecto de Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad (Rol N° 3.141-2012) deba ingresar mediante un estudio de impacto ambiental[24]. Esta sentencia se basó meramente del criterio del principio preventivo, como se mencionó con anterioridad.

La ministra del Medio Ambiente del gobierno anterior, María Ignacia Benítez, señaló con respecto a la sentencia sobre el Proyecto Castilla, Rol Nº 1.960-2012 ante la Corte Suprema, que había tenido errores de aplicación a la ley, por ejemplo, prohibición de fracción de proyectos que contempla la ley se da en los casos en que uno de éstos pretende no ingresar al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental o eludir la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, lo cual no ocurre, ya que ambos proyectos habían ingresado como estudios de impacto ambiental y por su objeto se habían fraccionado. También señaló que al decidir respecto a las materias técnicas se había asumido atribuciones que le corresponden a un órgano técnico de competencia ambiental y no al tribunal supremo, lo que genera una incertidumbre al ser al final él quien decide. "El criterio que utilizaba la Corte hace unos tres años atrás era opinar sobre la legalidad del proceso, pero no decía cómo tenía que solucionarlo. Al variar estos criterios, claro que se generan incertidumbres y se debilita a la institucionalidad ambiental"[25].

La ex ministra también se refirió a que no correspondía que el tribunal revocara los actos administrativos dentro del procedimiento de evaluación de impactos ambientales, como lo fue en la sentencia de causa Rol Nº 2.463-2012 ante la Corte Suprema en que se revocó el informe consolidado de evaluación por carecer de requisitos establecidos en el reglamento, ya que "no puede haber (...) una vulneración de una garantía constitucional. (...) Un proyecto que tiene que pasar por una evaluación lleno de actos intermedios, la incertidumbre es tremenda si en cada uno de ellos se puede presentar un recurso, sobre todo si aún no se ha terminado de evaluar"[26].

El Instituto Libertad y Desarrollo elaboró un informe en que también crítica la decisión tomada por la Corte Suprema en la causa Rol Nº 1.960-2012. en la

24 VON UNGER V., FELIPE. "Corte Suprema y medio ambiente," en Fundación Jaime Guzmán, disponible en http://www.jaimeguzman.cl/2012/08/corte-suprema-y-medio-ambiente/.

25 CONCHA, MIGUEL M. "María Ignacia Benítez analiza el dictamen que puso fin a Castilla: "El razonamiento del fallo incurre en errores y eso es complicado"" en *El Mercurio*, 10 de septiembre de 2012, disponible en http://diario.elmercurio.com/2012/09/10/economia_y_negocios/economia_y_negocios/noticias/50942328-3CD6-4385-993D-D0D5A8791DC9.htm?id=-%7B50942328-3CD6-4385-993D-D0D5A8791DC9%7D.

26 CONCHA, MIGUEL M. Op. Cit. A su vez la Ministra también mencionó al principio preventivo al señalar que "La reforma a la Ley (...) estableció que los proyectos nunca ingresan con un nivel de detalle tan profundo. Lo que hace la evaluación ambiental es una revisión tal como el mensaje de la Ley lo dice: 'este es un actuar preventivo' (...)".

que se atribuye la posición de regulador, al ordenar que los proyectos se tramiten conjuntamente cuando la ley no prohíbe la fragmentación de proyectos al caso concreto, de experto técnico al establecer la calificación de "contaminante" por sobre "molesto" que señaló el Servicio de Evaluación Ambiental, y de creador de criterios, ya que estima que "las normas de emisión no son el único parámetro que contempla la calificación industrial prevista en la regulación urbana y por esa razón, (...), es necesario aplicar el principio precautorio que "evitaría" un eventual daño ambiental"[27].

Distinto es el caso de las reacciones del director del Observatorio de Conflictos Ambientales (OLCA), Lucio Cuenca, quien valoró el fallo sobre la paralización de la termoeléctrica "Castilla" y que señala que es "un avance el hecho de no solo actuar cuando están ocurriendo las situaciones de contaminación, sino que paralizar proyectos que estén amenazando esa garantía constitucional"[28]. Asimismo "va a sentar precedentes en futuros fallos y el funcionamiento de la institucionalidad"[29], como el proyecto del tendido eléctrico de "Hidroaysén"[30].

Dominique Hervé también se mostró de acuerdo con la sentencia dictada por la Corte Suprema porque demuestra que es una buena señal para el derecho ambiental, ya que "la argumentación de la Corte se basa en reglas y principios propios de esta rama del ordenamiento jurídico permitiendo una evolución dinámica de la disciplina hacia el cumplimiento de su objetivo final, cual es la protección del medio ambiente"[31].

La misma Corte Suprema dio su total apoyo a la tercera sala en contra de las críticas efectuadas, especialmente de parte de la ex Ministra del Medio Ambiente. "Al interior del máximo tribunal comentan que es inútil discutir sobre las atribuciones que puede o no tener la Tercera Sala al tramitar los recursos de protección, ya que por su propio reglamento, la última instancia de apelación de los Tribunales Ambientales es justamente la sala constitucional.

27 LIBERTAD Y DESARROLLO. "Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador" en *Fallos Públicos N*º 2, septiembre 2012,en http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/fallosp%C3%9Ablicos28septiembre2012.pdf

28 ALARCÓN, RODRIGO Y RADIO U DE CHILE. "Fallo sobre termoeléctrica Castilla marcaría precedente para frenar Hidroaysén" en *Radio U de Chile*, 28 de agosto de 2012, disponible en http://radio.uchile.cl/2012/08/28/fallo-sobre-termoelectrica-castilla-marca-precedente-para-frenar-hidroaysen

29 OLCA. "Fallo de Central Castilla sentará un precedente a futuro", en *Observatorio de Conflictos Ambientales*, 29 de agosto de 2012, disponible en http://olca.cl/articulo/nota.php?id=102277.

30 ALARCÓN, RODRIGO Y RADIO U DE CHILE. Op. Cit.

31 HERVÉ, DOMINIQUE. "¿Basta con reevaluar?" en *Acuerdos*, 3 de septiembre de 2012, disponible en http://www.acuerdos.cl/columna/basta-con-reevaluar/.

"Al final todo llegará a Muñoz, cualquiera sea el camino", sentencia un supremo"[32].

6. Consideraciones finales

La Corte Suprema no ha sido uniforme en sus sentencias. Como ya se había mencionado, el hecho que de un mes a otro, las sentencias contengan un criterio distinto, como es el caso del principio preventivo, que impidió que el proyecto "Río Cuervo" (rol Nº 2.463-2012 ante la Corte Suprema) iniciara su ejecución por carecer de un estudio, en circunstancia que en otra causa de similares características, "Hidroaysén" (Rol Nº 10.220-2011 ante la Corte Suprema), fuera meramente condicionada en la resolución de calificación ambiental de presentar dicho estudio.

A su vez, se puede comprobar que también ocurre lo mismo en el caso del "Tranque de Relaves El Mauro" (Rol nº 19-2013 ante la Corte Suprema) en la que si bien la medida cautelar no tuvo la misma repercusión que en el caso del "Río Cuervo" o en la modificación de la central termoeléctrica de Bocamina, atendido que consistió en la supervigilancia y control de la construcción en la eventualidad de un sismo, todas estas sentencias dependen del mismo criterio: el principio preventivo[33].

El informe del instituto Libertad y Desarrollo acerca de la sentencia de la "Termoeléctrica Central Castilla" y el "Puerto Castilla" (Rol Nº 1.960-2012 ante la Corte Suprema) señaló que hubo errores de interpretación de la ley por parte de la Corte Suprema y se asume funciones de regulador y experto. Más aún porque son causas cuyos conflictos son resueltos por la interpretación directa de la ley, y no es necesario dirigirse al principio de equidad, para aplicar el principio preventivo que emana del Mensaje de la ley 19.300, principio que pretende evitar o minimizar los impactos ambientales negativos, y que sirve como fundamento en la legislación ambiental, pero cuya definición no es legal.

Lo ideal para las partes y para los actores de la sociedad que siguen la prosecución de las causas, es que las decisiones de los tribunales no causen incertidumbres. Es por ello que el sistema legal chileno se ha basado tanto en la

32 RIVAS y GONZÁLEZ. "El juez que derribó la central Castilla" en *La Tercera*, 1 de septiembre de 2012, disponible en http://diario.latercera.com/2012/09/01/01/contenido/reportajes/25-117358-9-el-juez-que-derribo-la-central-castilla.shtml.

33 Cabe señalar que si bien en la causa de "Tranque de Relaves El Mauro" se refirió al principio precautorio y no al preventivo, consideramos que el principio precautorio no es el concepto más adecuado para esta causa, atendido a que este principio se refiere a la abstención de un acto que podría ser contaminante, a pesar de no contar con la experiencia científica para demostrarlo. Más bien, se trataría de un principio preventivo dado que se está evitando la posibilidad que ocurra un daño ambiental producto de un sismo de mayor magnitud.

legalidad. Por lo tanto, la gran mayoría de la Doctrina espera que los tribunales sean meros aplicadores de la ley, deduciendo de su tenor literal las soluciones a las controversias jurídicas. Sin embargo, la práctica dista de esta ideología porque los tribunales deciden de acuerdo a la interpretación de las leyes, y dentro de esta interpretación el juez puede aplicar sus consideraciones valorativas.

Una de estas consideraciones valorativas es el principio preventivo, a pesar que para quien dicta la sentencia no necesariamente es visto de esta manera. Con respecto a la libertad a vivir en un ambiente libre de contaminación, el artículo 19 Nº 8 de la Constitución Política de la República señala que "es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza." Esto incluye también a los jueces, quienes si estiman que este derecho está siendo afectado aplicarán lo que corresponde en justicia.

Cabe señalar que la Constitución también prescribe en su artículo 5° inciso 2º: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Al ser el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación un derecho esencial que emana de la naturaleza humana garantizado por la Constitución Política de la República, es deber de los tribunales superiores de justicia, el respetarlo y promoverlo.

En la causa sobre la central termoeléctrica de "Los Robles" (Rol N° 72-2009 ante la Corte de Apelaciones de Concepción), hubo un juez que señaló que si bien no había ilegalidad en aquella actuación, si podría haber arbitrariedad al no hacer nada que evitara los impactos ambientales (principio preventivo). Este juez señaló que ello era un deber de los tribunales promover este principio preventivo en virtud del artículo 5° de la Constitución, el cual además era reconocido por la comunidad internacional.

La reforma a la Ley Nº 19.300 que introdujo los tribunales ambientales podría subsanar algunos de los problemas de incertidumbre que generan las sentencias de los tribunales superiores de justicia. Ello debido a que sus sentencias no pueden ser apeladas, sino procede el recurso de casación en la forma y en el fondo, por lo tanto la Corte Suprema sólo conocerá los conflictos de derecho que se susciten. Sin embargo, como se ha podido observar, casi todas las sentencias que tratan este trabajo se han dictado en virtud del recurso de protección, cuyo tribunal competente es la Corte de Apelaciones, y cuya sentencia sigue siendo apelable ante la Corte Suprema.

7. Conclusiones

En virtud de este análisis expuesto del principio preventivo en la jurisprudencia, se puede concluir que los tribunales han cambiado su perspectiva con la problemática ambiental. Ellos han tomado un rol mucho más proactivo en tutelar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación aplicando los principios ambientales, como el principio preventivo, como fundamentos para sus decisiones.

La importancia de conocer la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia radica en que son sus sentencias las que tienen la decisión final sobre las controversias en materia ambiental. Por lo tanto, es relevante tener en consideración el principio preventivo a la hora de ejecutar alguno de los proyectos que requiera de una evaluación ambiental.

Los tribunales superiores de justicia antes aplicaban este principio para describir el carácter preventivo del instrumento de gestión ambiental, como es el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y, las sentencias, se fundamentaban en los preceptos legales.

El principio preventivo ha servido como fundamento para los distintos instrumentos de gestión ambiental, puesto que la tutela al medio ambiente se ejerce produciendo el menor impacto posible al medio ambiente, pese a no encontrarse definido en la legislación ambiental.

No obstante lo anterior, los tribunales superiores de justicia, especialmente la Corte Suprema, han incorporado los principios rectores del derecho ambiental, descritos en el Mensaje la Ley Nº 19.300, los que a su vez tuvieron inspiración en las declaraciones internacionales, como es el caso del principio preventivo, haciendo que éstos sean efectivos como directrices para que todas las personas puedan vivir en un ambiente libre de contaminación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alarcón, Rodrigo y Radio Universidad de Chile. “Fallo sobre termoeléctrica Castilla marcaría precedente para frenar Hidroaysén” en Radio U de Chile, 28 de agosto de 2012, disponible en http://radio.uchile.cl/2012/08/28/fallo-sobre-termoelectrica-castilla-marca-precedente-para-frenar-hidroaysen

Alcalde Rodríguez, Enrique. “Principios Generales del Derecho”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.

Baraona González, Jaime. “La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 35, Nº 2, Valparaíso, Chile, 2010.

Castillo Saldías, Jaime. “El Concepto de la Jurisdicción en la Doctrina”, Universidad Católica de Chile. Mayo 1992.

Concha, Miguel M. “María Ignacia Benítez analiza el dictamen que puso fin a Castilla: “El razonamiento del fallo incurre en errores y eso es complicado”” en El Mercurio, 10 de septiembre de 2012, disponible en http://diario.elmercurio.com/2012/09/10/economia_y_negocios/economia_y_negocios/noticias/50942328-3CD6-4385-993DD0D5A8791DC9.htm?id=%7B50942328-3CD6-4385-993D-D0D5A8791DC9%7D.

Contreras, Rodrigo. “El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente” en Revista del Derecho Público, Vol. 69, nº 2, Santiago, Chile, 2007.

Cordero, Luis. “Y ahora, Río Cuervo”, en El Mercurio Legal, 16 de mayo de 2012, disponible en http://www.fn.cl/wp-content/uploads/2012/05/120516-luis-cordero-y-ahora-rio-cuervo-el-mercurio-legal.pdf.

Correa Sutil, Jorge. La cultura jurídica chilena, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile.

Hervé, Dominique. “¿Basta con reevaluar?” en Acuerdos, 3 de septiembre de 2012, disponible en http://www.acuerdos.cl/columna/basta-con-reevaluar/.

Jaquenod de Zsögon, Silvia. “Derecho Ambiental y sus principios rectores”, Editorial Dykinson, 3era Edición, Madrid, 1991.

Libertad y Desarrollo. “Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador” en Fallos Públicos nº 2, septiembre 2012, en http://www.lyd.com/wp-

content/files_mf/fallosp%C3%9Ablicos28septiembre2012.pdf.

Montenegro A., Sergio, Hervé E., Dominique et al, "Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile", 1ª Edición, Santiago, 2001.

Olca. "Fallo de Central Castilla sentará un precedente a futuro", en Observatorio de Conflictos Ambientales, 29 de agosto de 2012, disponible en http://olca.cl/articulo/nota.php?id=102277.

Poder Judicial. "Base Jurisprudencial del Poder Judicial," http://www.pjud.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php (consultado 27 de agosto de 2013 y 4 de enero de 2014).

Rivas y González. "El juez que derribó la central Castilla" en La Tercera, 1 de septiembre de 2012, disponible en http://diario.latercera.com/2012/09/01/01/contenido/reportajes/25-117358-9-el-juez-que-derribo-la-central-castilla.shtml.

Romero Seguel, Alejandro. "La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente de Derecho" Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, mayo 2004.

Von Unger V., Felipe. "Corte Suprema y medio ambiente," en Fundación Jaime Guzmán, disponible en http://www.jaimeguzman.cl/2012/08/corte-suprema-y-medio-ambiente/.

CAMBIO EN EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA EN TEMAS MEDIOAMBIENTALES

Carolina Matamala Bustamante[1]

1. Introducción

En el presente ensayo analizaremos cómo es que en los últimos años nuestra Corte Suprema ha experimentado cambios en la forma tradicional que venía sosteniendo al fallar un asunto ambiental, consistente en la no inmiscución y respeto por las decisiones de la autoridad administrativa ambiental, dando un giro en sus fallos que tratan este tópico.

En segundo término, expondremos los factores que creemos han motivado este cambio de actitud del Máximo Tribunal, entre los que se encuentran, la conformación del mismo, la efectiva comprensión de que el tema ambiental es de trascendental importancia, y como es que por lo mismo, se decide dejar a un lado el respeto ciego por las decisiones de la autoridad competente, en pos de lo que le parece a la Corte una buena y adecuada decisión, entre otros factores que se mencionarán a lo largo de este trabajo.

Finalmente, nos detendremos brevemente en la incipiente tendencia que existe en la actualidad, en que la Corte parece estar reencontrándose con una postura más clásica por sobre el control pleno y activismo demostrado el último lustro.

2. Postura previa de la Corte Suprema

Con anterioridad al año 2009, la Corte mantenía uniformemente un criterio de no intervención, respetando las decisiones adoptadas por la autoridad competente, lo que ha sido llamado por los autores como "deferencia hacia la autoridad administrativa"[2], decisión que se sostenía en el argumento de la Corte consistente en que la adopción de una postura diferente, es decir entrar en el fondo y eventualmente modificar una decisión tomada a nivel administrativo, importaría una sustitución de competencias o reemplazo a la autoridad ambiental,

1 Abogada de la Universidad de Concepción.

2 Cordero Vega, Luis. "Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?", en Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, 2012.

lo que a su juicio no correspondería[3]. En el mismo sentido, en el caso Cerro El Minero[4], la Corte expresa en su oportunidad que la forma de ingreso (Declaración o Estudio de Impacto Ambiental) al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA), corresponde a la autoridad, de acuerdo a las particularidades de cada proyecto o actividad que se pretenda ejecutar o desarrollar.

Este argumento utilizado por la Corte, nos parece del todo lógico, pues tal como ella misma señala en el caso Celco, su rol en un recurso de protección consiste únicamente en determinar si los actos de la autoridad han sido arbitrarios o ilegales y si han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la Carta Fundamental, lo que a *contrario sensu*, implica no interferir en las cuestiones técnicas entregadas a los funcionarios por ley dentro de sus potestades públicas discrecionales, máxime sabiendo que el recurso de protección (que es la vía a través de la cual mayoritariamente la Corte se impone de estos temas), es de naturaleza cautelar, produce cosa juzgada y cuenta con un procedimiento sumarísimo, sobre todo teniendo en consideración que decidir sobre un tema técnico ambiental muchas veces puede requerir lato conocimiento.

Entonces, ¿por qué a contar de 2009 la Corte cambia su propio criterio y comienza a mostrar este activismo medioambiental?

3. Nueva postura medioambiental de la Corte

Como se adelanta en párrafos anteriores, a contar de 2009 la Corte comienza a abandonar esta suerte de sedentarismo ambiental, y comienza a imponer sus criterios en este tema de manera fuerte y clara.

Pero, ¿cuáles son las causas de esta innovación? A nuestro juicio, podemos encontrar, principalmente, las siguientes:

a) Efectiva comprensión e internalización de que el tema medioambiental es de vital importancia

Como todos sabemos, la cuestión ambiental se ha establecido a nivel mundial como un tema de suyo importante desde hace décadas, teniendo como primer hito la Conferencia de Estocolmo del año 1972, pasando por la "Cumbre de Río" de 1992, y más recientemente la "Cumbre Río +20", realizada en 2012.

3 En este sentido causa Rol N° 1.853-2005 de la Corte Suprema, Caso Celco donde si bien rechaza por extemporaneidad el recurso, acota que aún habiéndose interpuesto en tiempo se rechazaría por las razones expuestas.

4 Rol N° 6.056-2009 de la Corte Suprema.

Sin embargo, para Chile no fue sino desde los últimos años en que realmente se le ha dado a la materia la significancia que tiene, comprendiendo que los recursos naturales son agotables y que además, por la conformación de nuestro país, somos altamente vulnerables frente al fenómeno del cambio climático[5], lo que se ha traducido en una transformación de la institucionalidad ambiental, que comienza a gestarse en 2006, con la creación del cargo de Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Medio Ambiente[6], y que culmina en 2010 con la creación del Ministerio del Medio Ambiente[7]; importancia que se asimila también por la opinión pública, produciéndose un fuerte empoderamiento de la sociedad, la que busca distintos mecanismos (marchas, redes sociales, protestas, ONGs, etc.), para exigir lo que considera sus derechos ambientales, tal como se analizará más adelante; y finalmente en nuestros Tribunales de Justicia, específicamente en la Corte Suprema, la que se ha manifestado en diversos casos tales como Castilla[8], Pesquera San José[9], Parque Eólico de Chiloé[10], etc., donde da a conocer, y por supuesto impone en el caso concreto, su parecer ante la problemática de derecho ambiental que se somete a su decisión.

b) Falta de políticas medioambientales que zanjen directrices a seguir por la autoridad ambiental

Esta carencia, a nuestro entender, ha intentado suplirse en parte por la Corte Suprema, pues si bien no es el órgano idóneo para establecerlas, si lo es más que el SEIA, con su respectiva Resolución de Calificación Ambiental (RCA), favorable o no, como acto culminativo de este proceso, que comúnmente se ha politizado para determinar cuestiones de esta índole, en circunstancias que se trata de un instrumento técnico y especializado, no apto para la construcción de políticas ambientales. Sin embargo, como sabemos nuestro sistema está profundamente *seiaizado*, situación que se arrastra desde antes de la reforma.

Entre nosotros, a través de la reforma y con la instauración de la nueva institucionalidad ambiental se intentó disminuir la politización en el otorgamiento de las RCA y de este modo tecnificar la evaluación ambiental de proyectos, cuestión que no se logró manteniéndose instancias políticas que influyen en las decisiones

5 Segunda Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, año 2011.

6 Ley N° 20.173 que crea el cargo de Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y le confiere rango de Ministro de Estado.

7 Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

8 Rol N° 7.167-2010 de la Corte Suprema.

9 Rol N° 926-2010 de la Corte Suprema.

10 Rol N° 10.090-2010 de la Corte Suprema.

y su motivación[11], decisiones que a la postre desembocan en instancias judiciales, llevando por ende a la Corte a la creación de políticas públicas.

Así, a modo de ejemplo, la Corte Suprema establece por medio de sus resoluciones, la protección y promoción en el desarrollo indígena con el fin de evitar el despoblamiento[12], determina la procedencia de la consulta indígena en el SEIA, distinguiendo si se trata de una Declaración Impacto Ambiental o de un Estudio de Impacto Ambiental[13], o directamente si lo que procede es una DIA o un Estudio[14], esboza que la responsabilidad ambiental cumple una función de prevención especial y general[15], o participa en la determinación de la extensión de la definición de contaminación[16].

c) Cambio en composición de la Corte Suprema

Este factor de recambio de ministros en la Corte, aunque pueda parecer obvio, debe tenerse presente, pues en todos los ámbitos en que intervienen personas, éstas como tales, con sus convicciones, ideales y aprensiones, por más profesionales que sean e intenten objetivizar su labor (cualquiera sea ésta), siempre existirá un sesgo de parcialidad, ya que en mayor o menor medida se plasmarán sus ideas particulares en el modo de enfrentar un problema y de concebir sus soluciones, vertiéndolas en este caso en la justicia ambiental chilena.

Desde fines del año 2008 a la fecha, han ingresado a la Corte los siguientes ministros: Sres(as). Guillermo Silva Gundelach, Rosa Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías, María Eugenia Sandoval Gouët, Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha, Ricardo Blanco Herrera, Gloria Chevesich Ruiz, Carlos Aránguiz Zúñiga, Andrea Muñoz Sánchez y Carlos Cerda Fernández.

Especial mención nos merece el ministro y actual Presidente de la Corte Suprema don Sergio Muñoz Gajardo, a quien le atribuimos gran parte de la influencia en esta nueva postura de la Corte, tal como se aprecia incluso antes de su arribo al Máximo Tribunal, cuando formaba parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso Itata, donde fija sus propias medidas de mitigación, compensación y reparación, decisión que si bien fue revocada por la Corte, en sentencia redactada por el ex ministro don Ricardo Gálvez Blanco[17], considerado como uno de los

11 Irarrázaval Sánchez, Ricardo (2014), "La despolitización del SEIA: una propuesta", en periódico Pulso de 19 de agosto de 2014, pág. 9

12 Rol N° 2.840-2008 de la Corte Suprema.

13 Rol N° 1.525-2010 de la Corte Suprema.

14 Rol N° 5.191-2010 (Caso Expo Pork Meat) y Rol N° 3.141-2012 (caso Bocamina II), ambos de la Corte Suprema.

15 Rol N° 5.027-2008 de la Corte Suprema.

16 Rol N° 6.383-2008 de la Corte Suprema.

17 Rol N° 764-2002 de la Corte Suprema.

principales exponentes de la postura clásica, aduciendo que "el recurso persigue una finalidad impropia de su naturaleza cautelar", lo que ya demostraba la postura del ministro Muñoz en la materia.

Más adelante, ya como parte de la Corte Suprema, el Presidente mantiene su posición, la que queda en evidencia en causas como Bocamina II, ya mencionada, o Río Cuervo[18], revistiendo este caso hidroeléctrico especial importancia, pues tiene la particularidad de admitir el recurso contra un acto de mero trámite dentro del sistema de evaluación, como es el Informe Consolidado de Evaluación (ICE).

d) La "licencia social"

Como esbozamos previamente, otro factor de suma relevancia a nuestro entender, lo constituye este ya familiar concepto de licencia social, que consiste básicamente en el apoyo que la ciudadanía le presta a un determinado proyecto con implicancias ambientales, o más acotadamente, la aceptación que le dan a cierto proyecto las comunidades locales.

Algo que hace unos pocos años podía parecer secundario o incluso irrelevante para el titular de un proyecto, hoy se ha levantado con una fuerza inusitada, pues la tecnología y el consecuente acceso a la información inmediata y de manera masiva, han hecho de este factor uno vital, pues no solo mueve a masas, sino que observamos que esta opinión (presión) social, influye indirecta, o inclusive, directamente en las decisiones del Máximo Tribunal.

No por nada, hoy observamos que los encargados de proyectos de este tipo consideran muy tempranamente el diálogo y contemplan soluciones anticipadas a eventuales conflictos con la población adyacente a su línea de base, sobre todo, considerando que según el catastro de proyectos de inversión realizado por la SOFOFA, a junio de 2013 existían 39 proyectos congelados por conflictos socioambientales, los que representan una inversión aproximada de 55.000 millones de dólares[19].

18 Rol N° 2.463-2012 de la Corte Suprema, que en su considerando noveno indica: "Que en estas circunstancias, el ICE adolece de ilegalidad por haber ignorado la recomendación del SERNAGEOMIN y no contener el estudio de suelo indicado, que, a juicio de esta Corte, resulta imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental. Por tanto, la situación descrita refleja la infracción de los artículos 24 y 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, otorgando mérito suficiente para acoger la acción constitucional impetrada".

19 Morales, C. "Licencia social para operar: El paso de la aprobación a la aceptación", en Revista Nueva Minería y Energía, disponible en línea http://www.nuevamineria.com/revista/licencia-social-para-operar-el-paso-de-la-aprobacion-a-la-aceptacion/

Mención aparte merecen los bullados casos de Hidroaysén[20] y el proyecto minero Pascua Lama[21], en donde se evidenció un amplio enjuiciamiento por parte de la ciudadanía, logrando posicionar eslóganes que aún permanecen en la conciencia colectiva y adhesión de la población a marchas multitudinarias, lo que sin duda se canalizó en una fuerte presión hacia nuestras autoridades ejecutivas, legislativas y por supuesto judiciales.

e) Diferencia de criterios entre Corte Suprema y la Autoridad Administrativa Ambiental

A nuestro entender, ninguno de los factores antes expuestos tendría injerencia de no ser por este último, pues si la Corte compartiera las determinaciones adoptadas a nivel administrativo no hubiese existido la necesidad de dar a conocer el suyo propio en sede judicial.

Para ello, primeramente deja a un lado la consideración de reemplazo de competencias (recordar caso Celco), y comienza a entrometerse en el fondo de las decisiones ambientales, precisamente por considerar erróneo el actuar de la Autoridad Administrativa Ambiental.

Así, en el caso Castilla[22], la Corte dedica gran parte de su sentencia de confirmación a criticar el actuar de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama, sin perjuicio de que lo discutido era netamente técnico (utilización inadecuada de la metodología prevista para verificar el cumplimiento de la normativa ambiental sobre calidad del aire), el Máximo Tribunal entra en el fondo del asunto por la equívoca forma de proceder de la Autoridad Sanitaria al seguir el camino de la revocación contemplado en el artículo 60 de Ley 19.880, en circunstancias que lo

20 Rol N° 10.220-2011 de la Corte Suprema.

21 Pendiente de fallo en la Corte Suprema, tras impugnación de sentencia de Tribunal Ambiental.

22 Rol N° 7.167-2010 de la Corte Suprema, que en lo pertinente sostiene: "OCTAVO: Que como puede advertirse de lo reseñado en el considerando que antecede el ejercicio de esta particular potestad revisora de la Administración no observó las exigencias que previamente la ley ha determinado. En efecto, el citado artículo 60 –al contemplar el recurso de revisión contra actos firmes- encuentra su justificación en la existencia de un vicio de nulidad de características tales que tornan al acto administrativo de una ilicitud o ilegitimidad que obliga a extinguirlo, a fin de hacer cesar los efectos que produce. En la especie ninguno de estos supuestos concurre (…); situación que no importa el presupuesto de la norma referida que autoriza sea dejado sin efecto un acto administrativo; NOVENO: Que en seguida cabe consignar que si la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama estuvo por estimar que los errores de cálculo antes anotados incidieron en una calificación industrial de contaminante que no se ajustaba a la normativa urbanística y ambiental vigente, y por consiguiente que era ilegal, su acción invalidatoria debía producirse mediante la ineludible observancia de una serie de requisitos y controles. Efectivamente, si la autoridad sanitaria estimara la concurrencia de un supuesto de anulación o invalidación de sus actos por mandato del artículo 53 de la Ley N° 19.880 debió aplicarse el procedimiento de anulación o invalidación que contempla oír al interesado, inclusión que constituye un límite a esta facultad de revisión".

que correspondía aplicar era el procedimiento de invalidación, dispuesto en el art. 53 del mismo cuerpo legal.

En este mismo sentido, en el caso Expo-Pork[23] la Corte estima que la Autoridad respectiva (Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente de ese entonces), incurrió en una ilegalidad al considerar que el titular del proyecto se hacía cargo de las externalidades negativas del mismo, específicamente olores, existiendo una alta probabilidad de que se genere el efecto contemplado en la letra e del artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente.

También nos parece conveniente destacar el caso Sondajes de Prospección Paguanta[24], que acoge un recurso de protección, dejando sin efecto la resolución administrativa de la Comisión de Evaluación I Región de Tarapacá, por haber omitido el trámite de consulta indígena (que la Corte estima se contiene en proceso de Participación Ciudadana que, a su vez, se contempla en el marco de un Estudio de Impacto Ambiental), agregando que incumple dicho acto administrativo (Resolución de Calificación Ambiental) de la fundamentación que estos deben observar, ya que "no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vida de las comunidades originarias interesadas", lo que a su juicio torna ilegal el acto.

Como se puede apreciar, todos los casos recogidos en los párrafos precedentes coinciden en la discrepancia o reproche al proceder de la autoridad administrativa, lo que viene en confirmar nuestra hipótesis de disconformidad de la Corte respecto de cómo se está ejerciendo el derecho ambiental a ese nivel.

Lo anterior, puede deberse a diferentes causas como dijimos previamente, no hay políticas medioambientales que ayuden al respecto, por lo que al existir un conflicto muchas veces se define a nivel de SEIA, tampoco debemos olvidar la discrecionalidad con que operan nuestras autoridades ambientales (y la

23 Rol N° 5.191-2010 de la Corte Suprema, que en lo pertinente señala: "UNDÉCIMO: Que reclamada la decisión aludida, ante el Director Ejecutivo de la CONAMA, éste tuvo en consideración para desestimar lo resuelto por la COREMA que en su concepto el proyecto se hace cargo de los efectos aludidos por lo que estima que ellos no se generarán. Sin embargo, los antecedentes expuestos demuestran que el proyecto puede influir negativamente en la magnitud del valor turístico de la zona de Casablanca, puesto que los olores que emanen de la planta obviamente tendrán una incidencia significativa en la decisión de los turistas de visitar o no la zona, si no se asegura debidamente el total control del efecto. DUODÉCIMO: Que teniendo en cuenta lo anterior, existe una alta probabilidad de que el proyecto genere el efecto contemplado en el artículo 11 letra e) de la Ley Nº 19.300 por lo que ante esa premisa la autoridad recurrida no pudo acoger la reclamación de que se trata y al hacerlo incurrió en ilegalidad. DÉCIMO TERCERO: Que el acto cuestionado a través de este arbitrio constituye así una amenaza al derecho de los recurrentes de vivir en un medio libre de contaminación, por lo que esta Corte brindará la cautela requerida (…)".

24 Rol N° 11.040-2011 de la Corte Suprema.

Administración en general), en donde la Corte Suprema (ya sea vía recurso de protección o de casación) viene a ser un último escollo o tamiz para pesquisar situaciones en donde la arbitrariedad se disfraza de discrecionalidad administrativa, pues tal como se desprende de los ejemplos, en ocasiones la Autoridad realiza actuaciones que atentan contra normativa legal expresa (Sondajes de Prospección Paguanta).

f) Premura por adaptarse a lineamientos internacionales en la materia

Nuestro país, en su incesante afán por alcanzar mayores niveles de desarrollo, ha tomado importantes decisiones en orden a cumplir dicho objetivo, cuya demostración más clara viene dada por su integración a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en 2010, organización que previamente en el año 2005, por medio de un Informe de Desempeño Ambiental, a modo de recomendaciones sugiere "desarrollar y fortalecer las instituciones ambientales en los ámbitos nacional y regional" y "desarrollar y fortalecer aún más los marcos normativos para mejorar la salud ambiental y cumplir los compromisos internacionales de Chile; examinar formas de fortalecer la capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales, como por ejemplo, el establecimiento de un órgano de inspección ambiental"[25], instando a la creación de una nueva institucionalidad, resultando finalmente en la implementación de la misma, cuestión que hace algo más de una década nos parecía inviable y poco realista[26].

Pero, ¿fue suficiente?

Surge esta pregunta porque hemos visto como Chile intenta ponerse a la altura de lo que se propuso llegar a ser, mas queda la sensación de que solo lo hace en el "esqueleto", siendo legítimo preguntarse ¿qué tan preparados están los funcionarios estatales que conforman esta nueva institucionalidad?

Así, es válido considerar la posibilidad que la falta de aptitud técnica, de experticia o incluso de criterio de quienes conforman las instituciones ambientales lleva a la Corte Suprema a dirigir desde su podio cuestiones que debieran zanjarse administrativamente.

Probablemente parezca una aseveración algo osada, pero desde la experiencia personal, como ex funcionaria de la Administración Pública, he podido

25 Evaluaciones del desempeño ambiental Chile, de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, que en lo pertinente indica: "Subsisten importantes desafíos en la continuidad del progreso de la gestión ambiental y la integración de las consideraciones ambientales en las políticas sectoriales (…). Será necesario fortalecer y ampliar considerablemente las instituciones ambientales".

26 Mensaje Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente del año 1994.

corroborar como se fallan, por ejemplo, sumarios sanitarios sobre control sanitario ambiental, en donde algunos de los funcionarios deciden sobre diversos temas, todos altamente técnicos (disposición de residuos peligrosos, almacenamiento de sustancias peligrosas, manejo de residuos de establecimientos de atención de salud, etc.), sin tener la idoneidad para hacerlo, por lo que evidentemente en su mayoría no terminará con una resolución (que además es exenta) rica en conocimientos de derecho ambiental, administrativo o sanitario, sobre todo considerando que en algunos casos este proceso está regido por el Código Sanitario, que en opinión del Profesor Luis Cordero en términos técnicos no podría ser tolerado por la Constitución por estar lleno de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que sería posible rehacer prácticamente todo en este proceso[27].

Por lo señalado anteriormente, quizás convendría plantearse como desafío la capacitación o perfeccionamiento de quienes forman parte de los nuevos órganos e instituciones ambientales, porque estructuralmente podemos estar bien asentados, pero quizás no tanto a nivel de funcionarios individualmente considerados, que son quienes en definitiva ejercen la autoridad administrativa ambiental, tanto de fiscalización como de sanción.

4. Tendencia actual

Sin perjuicio de todo lo expresado, recientemente se ha observado que la Corte Suprema ha vuelto a cambiar de criterio, retomando una postura más conservadora y acorde con los lineamientos clásicos de abstención y deferencia hacia la Autoridad Administrativa Ambiental y sus decisiones en el ejercicio de las potestades que le son propias.

En efecto, la Corte Suprema a fines de abril del año en curso, confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia que rechaza un recurso de apelación deducido en contra de una RCA que autoriza un proyecto de resort, indicando en sus considerandos tercero y cuarto que "la situación planteada no es de aquellas que por su urgencia requiera de este remedio, el que como se desprende del artículo 20 de la Constitución Política de la República, tiene por objeto reaccionar contra una situación de acto anormal que de manera evidente vulnere una garantía constitucional de manera que no está destinada a resolver conflictos relacionados con la interpretación de una norma legal, cuyo es el caso de autos", y "(…) el presente recurso no es el mecanismo idóneo para conocer del reclamo a los que hace referencia el recurrente, puesto que para ello se ha establecido un procedimiento especial conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley N° 19.300 en relación con el artículo 60 de la misma ley"[28].

27 Cordero, Luis en III. Primer Seminario sobre Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Perspectivas desde el Sector Público. Pág. 61.

28 Rol N° 6.823-2013 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirmada por Corte Su-

En el mismo sentido, a fines de mayo de 2014, encontramos el caso S.Q.M. Salar S.A.[29], en donde la Corte Suprema esta vez revoca una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la que a su vez había acogido una acción de protección deducida en contra de una RCA, por haberse aprobado esta por medio de una DIA y no un Estudio, omitiendo la consulta indígena, aduciendo en lo medular que el recurso de protección es una acción de "evidente carácter cautelar", por medio del cual se toman "medidas de resguardo de carácter urgente", que desde la dictación de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales dentro de las cuales se encuentra la solicitud planteada por el recurrente.

Como es posible apreciar con estos categóricos ejemplos, la Corte Suprema ha vuelto a dar un giro radical en su postura, reconociendo y diferenciando nuevamente las competencias y potestades de la administración con las suyas propias, impetrando las clásicas argumentaciones que daba con anterioridad a su "enverdecimiento"[30].

5. Conclusiones

La Corte Suprema, como pudimos darnos cuenta a lo largo de estas páginas, no se ha mantenido estable en su postura frente a los temas medioambientales, primeramente se mantuvo ajena a estos temas, argumentando principalmente la sustitución de competencia que se produciría si obrara de manera diversa, luego inesperadamente cambia de parecer y comienza a entrometerse de lleno en estas materias, dando paso a lo que doctrinariamente conocemos como "control pleno", y cuyas causas se intentaron dilucidar en este trabajo, para luego dejar de lado este activismo y volver a la calma, tal como lo hiciera antes de 2009, periodo que lamentablemente no nos es posible analizar con mayor detenimiento, debido a que apenas comienza a gestarse.

No obstante, no deja de ser llamativo como la Corte bajo los mismos presupuestos de derecho ha adoptado decisiones diametralmente opuestas entre sí, resultando natural preguntarse ¿Por qué hoy nuestro Máximo Tribunal vuelve a optar por la deferencia administrativa?, ¿se habrá dado cuenta de lo peligroso que puede resultar asumir ella sola las determinaciones a cargo de toda la institucionalidad

prema en Rol N° 2.898-2014, que en lo pertinente acota: "(…) determinar si es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental luego de que ya la autoridad administrativa con competencia técnica resolvió aprobar y, por ende, otorgar el permiso ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental, corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional".

29 Rol N° 1.097-2013 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, revocada por Corte Suprema en Rol N° 16.817-2013.

30 Término utilizado por Luis Cordero en su artículo "Por qué la Corte Suprema se enverdeció" en Mercurio Legal.

ambiental, con sus respectivas leyes, reglamentos y autoridades, con la consecuente incerteza que ello generaba?, o, ¿estimó la Corte que hoy nuestras autoridades ambientales se encuentran lo suficientemente preparadas para tomar sus propias decisiones sin ser refrendadas en sede judicial?, son preguntas que quedan abiertas y que invitamos a reflexionar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Cordero Vega, Luis: "Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?", Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, año 2012: p. 359-375.

Cordero Vega, Luis: ¿Por qué la Corte Suprema se enverdeció?, en Mercurio Legal: www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/11/11/Porque-la-Corte-Suprema-se-enverdecio.aspx

Derecho Ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental. Edit. Abeledo Perrot, Legal Publishing.

http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do

http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/

Morales, C. "Licencia social para operar: El paso de la aprobación a la aceptación", en Revista Nueva Minería y Energía, disponible en línea http://www.nuevamineria.com/revista/licencia-social-para-operar-el-paso-de-la-aprobacion-a-la-aceptacion/

Ochoa Tobar, Fernando: "Entre la Redención y el Castigo. Un Análisis a la Potestad Sancionatoria de la Administración en el Marco de Nueva Institucionalidad Ambiental", en Revista Ars Boni Et Aequi, (año 8, N° 1), p. 105-134.

2° Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco de las Naciones Unidas.

Los Temas de Actualidad del Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable que imparte la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile es una publicación que recoge trabajos de algunos de sus destacados profesores, así como los mejores trabajos presentados por alumnos en las tres exitosas versiones impartidas por el programa. Cada año resulta un desafío poner al día una disciplina que evoluciona a un ritmo vertiginoso, con temas de candente actualidad, que además tienen una tremenda importancia social y ecómica para el país. Todas las áreas relevantes han recibido la atención que corresponde en los Temas de Actualidad, desde trabajos vinculados al Desarrollo Sustentable, pasando por temas de Institucionalidad Ambiental y finalmente diversos trabajos que tratan la reciente Jurisprudencia Ambiental. Es una publicación que recoge de manera muy coherente lo más actual en estas áreas, lo que la convierte en una herramienta indispenable para entender mejor los desafíos ambientales y de sustentabilidad que enfrentamos como sociedad.